

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

Des Clauses à Ordre et au Porteur

DANS

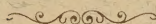
LES ACTES NOTARIÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

Pierre HENRY

LICENCIÉ EN DROIT



L'acte public sera soutenu le Samedi 19 Juin 1909
à 4 heures du soir

Président : M. GÉNY, Professeur.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. NAST, Chargé de Cours.} \\ \text{SIMONNET, Chargé de Cours.} \end{array} \right.$

DIJON

IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER — LÉON MARCHAL, S^r

5, RUE DOCTEUR-CHAUSSIER, 5
(Place Darcy)

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Des Clauses à Ordre et au Porteur

DANS LES ACTES NOTARIÉS

Des Clauses à Ordre et au Porteur

DANS

LES ACTES NOTARIÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

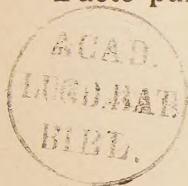
PRÉSENTÉE PAR

Pierre HENRY

LICENCIÉ EN DROIT



L'acte public sera soutenu le Samedi 19 Juin 1909
à 4 heures du soir



Président : M. GÉNY, Professeur.

Suffragants : { MM. NAST, *Chargé de Cours.*
SIMONNET, *Chargé de Cours.*

DIJON

IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER — LÉON MARCHAL, S^r
5, RUE DOCTEUR-CHAUSSEUR, 5
(Place Darcy)

1909

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BLONDEL, *, I. ☉.

MM. BLONDEL, *, I. ☉, Professeur de Code civil, Doyen.

BINET, I. ☉, Professeur de Code civil et Chargé du Cours d'Enregistrement.

GARNIER, I. ☉, Professeur d'Economie politique et Chargé du Cours de Législation financière.

BEAUCHET, I. ☉, Professeur de Procédure civile, Chargé du Cours de Procédure civile (Voies d'exécution), et Chargé du Cours de Législation et Economie coloniales.

BOURCART, *, I. ☉, Professeur de Droit commercial et Chargé d'un Cours de Droit commercial (Licence).

GAVET, I. ☉, Professeur d'Histoire du Droit, Chargé du Cours d'Histoire du Droit privé et du Cours de Droit naturel.

CHRÉTIEN, I. ☉, Professeur de Droit international public et privé, et Chargé du Cours de Droit international public (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I. ☉, Professeur de Droit public et constitutionnel et Chargé des Cours de Droit public (Licence) et de Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat).

GENY, I. ☉, Professeur de Code civil et Chargé du Cours de Droit civil approfondi (Doctorat).

MICHON, I. ☉, Professeur de Droit romain et chargé du Cours d'Histoire du Droit public et du Cours de Pandectes.

BROCARD, Agrégé et chargé d'un Cours d'Economie politique et du Cours d'Histoire des Doctrines économiques.

ROLLAND, Agrégé et Chargé d'un Cours de Droit administratif (Licence), d'un Cours de Droit administratif (Doctorat), et d'un Cours d'Eléments de Droit public et administratif (Capacité).

SENN, Agrégé et Chargé d'un Cours de Droit romain et d'un Cours de Législation industrielle (Licence).

NAST, Chargé d'un Cours de Droit criminel.

SIMONNET, Chargé d'un Cours d'Eléments de Droit civil (Capacité).

RENARD, Chargé d'un Cours d'Eléments de Droit civil (Capacité).

MELIN, A. ☉, Docteur en Droit, Chargé du Cours de Science sociale.

ROVEL, I. ☉, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

A LA MÉMOIRE
DE
MON GRAND-PÈRE

INTRODUCTION

Nécessité de développer la mobilisation du Crédit foncier

L'un des phénomènes économiques modernes les plus importants et les plus souvent constatés est le développement prodigieux de la fortune mobilière en présence de la stagnation relative de la propriété immobilière.

La cause se trouve partiellement dans la législation de 1804. Car si les institutions juridiques sont, dans une large mesure, déterminées par l'évolution économique, il n'est pas niable que celle-ci soit, réciproquement, conditionnée par l'état du droit.

Or, les rédacteurs du Code civil, encore imbus de l'idée de la prééminence des immeubles, regardant trop la France économique du passé, ne prévoyant pas assez celle de l'avenir, ont entouré les aliénations immobi-

lières de tout un luxe de protections qui ont été des entraves à leur circulation. Préoccupés, d'autre part, d'assurer la protection des capitaux engagés dans les placements immobiliers, ils ont fait de l'hypothèque un instrument de crédit lourd et compliqué. Ce sont, au contraire, la mobilité des valeurs, la facilité de la circulation, l'aisance du crédit, qui ont été l'élément fécondant de la fortune mobilière.

De ces considérations est né le double problème de la mobilisation du sol et de la mobilisation du crédit foncier (1). Leurs solutions sont destinées à un but commun, qui est de rétablir entre les richesses mobilière et immobilière un rapport plus harmonieux.

Mobiliser la propriété foncière, c'est débarrasser les acquisitions d'immeubles des difficultés qui les gênent, permettre une circulation, à la fois sûre, facile et rapide des valeurs immobilières. Les propriétaires dont l'intérêt sera d'aliéner trouveront ainsi des acquéreurs plus nombreux, attirés par la possibilité d'un échange commode. Il en résultera une augmentation de la valeur du sol. Ce résultat excitera à garder leurs immeubles ceux qui ne seront pas contraints de les aliéner, de telle sorte que la propriété foncière demeurera entre les mains des individus capables d'en tirer profit et que

(1) Voir sur la question : RONDEL, *Mobilisation du sol*, thèse, Paris 1888; CHALLAMEL, *Etude sur les cédules hypothécaires*, 1878.

les conséquences de la réforme apporteront naturellement un remède à ce qu'elle pourrait au premier abord présenter d'inquiétant.

Mobiliser le crédit foncier, c'est faire de l'hypothèque un instrument plus facile et plus souple, c'est donner aux prêteurs sur hypothèque un genre de titres plus maniables et d'une circulation plus aisée, faciliter la transmission du gage hypothécaire sans nuire cependant à sa solidité.

Le prêt sur hypothèque jouit d'une sécurité presque absolue. La terre est un gage impérissable. Cependant on prête peu sur la terre (1). Et, d'une manière géné-

(1) En 1876, le montant des prêts hypothécaires était de 19.279 millions. En 1903, M. de Foville estimait qu'ils avaient subi une diminution et il les évaluait à 13 milliards 1/2. (*L'Economiste français*, 24 janv. 1903). Dans ces évaluations sont compris à la fois les prêts sur les maisons et sur la terre. Or, on estime en général que lorsqu'elle grève une terre, la dette hypothécaire ne représente que bien rarement plus de la moitié de sa valeur.

Cela se comprend facilement, le Crédit foncier et la plupart des notaires, surtout depuis la crise immobilière de 1875, ayant pour règle invariable de ne prêter ou de ne laisser prêter sur une propriété foncière que la moitié de la valeur lorsque le gage est constitué en terres arables, que le tiers ou le quart lorsqu'il est en bois ou en vignes.

D'ailleurs, dans un autre ordre d'idées, qu'il s'agisse de terres ou de maisons, même en supposant que le gage hypothécaire ne baissera pas, c'est le propre d'un notaire prudent de laisser une assez grande marge de différence entre le gage hypothécaire et la dette qui le grève, étant donnée que l'inscription doit garantir au créancier non seulement le montant de sa créance, mais encore trois années d'intérêts échus et non payés, et les frais de saisie immobilière, s'il y a lieu. Frais assez élevés, comme l'on sait.

rale, les capitaux, se détournant des placements immobiliers, se dirigent vers les entreprises industrielles et commerciales, vers les emprunts de l'Etat. La propriété foncière, qui a tant besoin de crédit pour la constitution et l'amélioration des domaines, pour le perfectionnement des méthodes de culture et l'utilisation des découvertes nouvelles, ne trouve à emprunter que péniblement et à des conditions défavorables.

Les causes de la supériorité du crédit industriel ou public et de la défaveur du crédit foncier ont été fréquemment dégagées.

Le capitaliste qui a prêté à l'Etat ou à des établissements de commerce peut très aisément obtenir le remboursement de sa créance, grâce à la négociabilité du titre qui la constate. Au contraire, le prêteur sur hypothèque est lié à son débiteur par un contrat dont le terme est immuable. Il ne rentre pas comme il le veut dans les fonds qu'il a prêtés ; il lui est difficile de céder sa créance, et, à l'échéance du terme, il n'a à sa disposition que la procédure de l'expropriation forcée. En d'autres termes, le crédit foncier est immobilisé, à l'image du sol lui-même, tandis que les capitaux mobiliers sont, par leur mobilisation, facilement remboursables.

Cette situation entraîne nécessairement pour le propriétaire foncier emprunteur une élévation du taux de l'intérêt. Le loyer de l'argent, en effet, croit proportionnellement à la privation du capital engagé et au risque

couru par lui. Or, la privation du capital est minime pour le détenteur d'une valeur mobilière mobilisable; elle est, au contraire, portée à son maximum pour le prêteur sur hypothèque, dont les fonds sont immobilisés. Aussi l'agriculteur qui emprunte sur sa terre doit-il généralement servir un intérêt de 5 0/0, alors que l'exploitation agricole ne fournit ordinairement qu'un revenu moindre.

La nécessité est donc apparue, depuis longtemps, d'offrir aux prêteurs sur hypothèque la possibilité d'une réalisation facile de leurs capitaux. La représentation de la créance hypothécaire par des titres négociables, suivant les modes des valeurs mobilières, tel est, pour la plus grande part, le problème de la mobilisation du crédit foncier. Il n'est pas douteux que si la formule désirable est trouvée, les capitaux prendront la direction des placements fonciers.

Trois procédés ont été imaginés : les cédules hypothécaires, les lettres de gage du crédit foncier, la clause à ordre ou au porteur dans les obligations notariées (1).

Le législateur révolutionnaire eut une inspiration géniale lorsqu'il créa les cédules hypothécaires. Une loi du 9 messidor an III contenait un chapitre intitulé :

(1) Cf. RONDEL, loc. cit. CHALLAMEL, loc. cit. et CHALLAMEL : *Des procédés de mobilisation de la propriété foncière expérimentés ou proposés en France ou à l'étranger*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 86-87, p. 420.

« De l'hypothèque sur soi-même ». Les cédules étaient organisées par les articles 36 à 83. Il était permis à tout propriétaire foncier de prendre hypothèque sur ses propres biens susceptibles d'hypothèque, jusqu'à concurrence des trois quarts de leur valeur et pour une durée maxima de dix ans. Cette hypothèque, créée ainsi en dehors de toute dette, était représentée par un titre appelé cédula hypothécaire et délivré par le conservateur des hypothèques. Le propriétaire pouvait ensuite mettre la cédula en circulation par un endossement, ainsi qu'une lettre de change, et en toucher la valeur. Ce système ne reçut que de rares applications (1). On avait fondé la garantie des porteurs de cédules sur la responsabilité du conservateur des hypothèques étendue à la fois à la valeur du bien hypothéqué et au montant des hypothèques antérieures. Cette organisation inacceptable fut la raison de l'échec de l'institution. Un système analogue aux cédules de l'an III existe en Allemagne, où le propriétaire peut créer, avant tout emprunt, sur sa terre, des créances hypothécaires qu'il négocie ensuite au fur et à mesure de ses besoins (*Hypothekbrief*) (2). Cette hypothèque diffère d'une manière

(1) RONDEL, loc. cit. p. 150 et suiv.

(2) GIDE, *Notice sur la loi prussienne de 1872* : *Annuaire étranger*, tome 2, p. 204-215.

CHALLAMEL, *Cession des créances hypothécaires. Etude sur les cédules hypothécaires*.

MEULENAERE, *Code civil allemand*, 1897, p. 297, 305, 308 et suiv.

Code civil allemand, traduit et annoté, 1904, tome II, p. 709.

notable d'une autre sorte d'hypothèque connue dans le Code civil allemand sous le nom d'hypothèque de garantie (Sicherungshypothek). Celle-ci ressemble beaucoup à la nôtre en ce sens qu'elle se modèle sur la créance et en suit toutes les vicissitudes. Au contraire, l'hypothekbrief (hypothèque négociable) subsiste par elle-même, le créancier agit non en vertu de son droit personnel de créance, mais en vertu de son droit d'hypothèque, aussi le cessionnaire d'une telle créance ne peut se voir opposer ni les exceptions tirées de la créance, ni celles personnelles au cédant, à moins naturellement qu'elles ne lui soient révélées par la teneur même du titre ou l'inscription du livre foncier. L'idée de l'an III a également été reprise en France, avec des emprunts à la législation allemande, par M. Challamel (1). Cette idée paraît ne pouvoir se réaliser que bien difficilement dans notre pays où l'on est habitué à ne regarder l'hypothèque que comme la simple garantie d'une créance, accessoire de cette créance et ne pouvant subsister sans elle.

Un autre procédé de mobilisation du crédit foncier a été mis en pratique dans l'institution du crédit foncier de France. Les obligations foncières, nommées lettres de gage par le décret de 1852, sont négociables comme

(1) CHALLAMEL, op. cit. et *Bulletin de la Société de législation comparée*, 86-87, p. 420 et suiv.

toutes les valeurs mobilières. Elles circulent avec la garantie hypothécaire qui leur est attachée. Les acheteurs en Bourse sont des créanciers hypothécaires dont le gage est constitué par la masse des immeubles sur lesquels la Société a prêté de l'argent. Mais cette organisation présente deux inconvénients pratiques : les porteurs d'obligations foncières sont garantis, puisqu'ils ont une action contre la société et que le total des obligations en circulation doit être égal au montant des capitaux dus par les emprunteurs, mais ils n'ont pas d'action directe contre ces emprunteurs eux-mêmes. Aussi si la société fait remise de leurs dettes à certains débiteurs, ils ne peuvent s'y opposer. En outre, la société intermédiaire entre les capitalistes et les emprunteurs retient pour son profit une partie des intérêts exigés des emprunteurs. Les propriétaires fonciers paient 4,50 ou 5 0/0 et les capitalistes ne reçoivent que 3 0/0. A ces constatations, qui tendent à amoindrir l'utilité du Crédit foncier, on peut ajouter que la plus grande portion des prêts qu'il effectue est employée à des constructions urbaines. L'institution rend en somme relativement peu de services à l'agriculture.

Le troisième procédé de mobilisation du crédit foncier est celui qui doit faire l'objet de cette thèse. Il consiste dans l'emploi de la clause à ordre ou de la clause au porteur dans les obligations notariées.

Les obligations, c'est-à-dire les actes notariés constatant les prêts sur hypothèques, peuvent, aux termes de

l'article 2.148 du Code civil, être rédigés en brevet. Cela veut dire que l'original peut être remis au prêteur. D'ailleurs, si l'acte notarié est retenu en minute, la grosse du titre peut toujours être remise au créancier. Or, la jurisprudence a admis d'une façon constante que la clause « payable au porteur de la grosse » ou « à l'ordre » du créancier primitif, insérée dans le titre remis au prêteur, rendait la créance transmissible par tradition ou par endossement.

Le titre hypothécaire peut ainsi circuler aussi facilement qu'un titre de crédit mobilier. Les avantages les plus précieux des anciennes cédules hypothécaires sont obtenus dans ce système d'une conception simple et d'une application commode. En même temps, les inconvénients résultant d'une société intermédiaire entre les prêteurs et les emprunteurs sont évités.

Ce procédé peut être parfaitement adapté à nos coutumes et à nos théories françaises. Il n'exige pas le sacrifice de la notion du caractère accessoire de l'hypothèque. Ici, l'hypothèque est consentie par le propriétaire à l'un de ses créanciers. Il ne s'agit plus d'une hypothèque sur soi-même. Il y a une simple transposition dans le domaine du crédit foncier des modes de négociabilité avec lesquels tout le monde est familiarisé.

Si l'usage des clauses dont il s'agit dans les obligations hypothécaires se heurte encore à une certaine résistance, cela vient de ce préjugé — qui n'est qu'un fait regrettable transformé sans critique en idée — que

le titre hypothécaire doit participer de l'immobilité de la terre sur laquelle il repose.

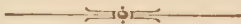
Nous nous proposons d'étudier l'opération juridique que nous venons de décrire sommairement.

L'emploi des clauses à ordre ou au porteur est-il licite en cette matière? La réalisation de l'hypothèque dans un titre transmissible par tradition ou par endossement est-elle en harmonie avec les principes de notre droit? Est-ce que les droits qui appartiennent, d'après le Code civil, au créancier hypothécaire, peuvent régulièrement passer à l'endossataire ou au porteur du titre?

Quelle est la nature juridique et quels sont les effets de cette opération?

Enfin, cette opération, imaginée pour les actes d'obligation à raison de prêts d'argent, est-elle susceptible d'autres applications, peut-elle valablement intervenir au sujet de la créance du prix de vente d'immeuble constatée par acte notarié?

Telles sont les questions qu'il nous faudra résoudre.



CHAPITRE PREMIER

Histoire des clauses à ordre et au porteur

L'histoire des clauses à ordre et au porteur se lie à celle de l'histoire de la cession de créances dont elle n'est, pour ainsi dire, qu'un chapitre (1).

Deux principes règnent dans les législations primitives : l'intransmissibilité des créances, la prohibition de la représentation judiciaire.

L'intransmissibilité des créances résulte de la conception originaire de l'obligation. Le lien obligatoire apparaît alors comme purement personnel à deux personnes

(1) BRUNNER : *Le titre au porteur français du Moyen-Age* (traduction Wolff) ; *Nouvelle revue historique du droit français*, tome 10, 1886.

WAHL : *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*, 1891, tome 1.

déterminées. Si l'une d'elles disparaît, le lien qui les unissait se rompt nécessairement (1).

En outre, l'idée générale de la représentation dans les actes juridiques n'étant pas encore née, la représentation en justice n'était pas possible.

On chercha de bonne heure à échapper aux conséquences de principes aussi rigides et aussi funestes au développement des affaires.

A Rome, on employa d'abord dans ce but le procédé de la novation. L'obligation ne pouvait être transformée sans la volonté concurrente de deux personnes liées d'une manière strictement personnelle. Le créancier ne pouvait dès lors se substituer une autre personne sans le concours du débiteur. La novation n'était possible que par l'intervention de ce dernier, et cette opération ne constituait pas une modification du lien obligatoire primitif, mais bien plutôt l'extinction de l'obligation ancienne et la création d'une nouvelle obligation. Or, la présence indispensable du débiteur rendait la novation difficile.

Le procédé de la procuration *in rem suam* réalisa un progrès. Il consistait à permettre au créancier de céder à un tiers, non pas le droit lui-même, mais la faculté de poursuivre en justice à sa place. Le procurator étant

(1) GIDE : *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879, 3^e partie, chap. 2.

ESMEIN : *Nouvelle revue historique du droit*, tome 11, p. 48.

un simple mandataire, non un créancier. La procuration, à la différence de la novation, n'exigeait pas l'adhésion volontaire du débiteur.

Malgré le développement du commerce des Romains, aucun titre commercial ne fût revêtu des clauses au porteur ou à ordre. Sans doute, les jurisconsultes romains, ainsi que l'a observé M. Wahl (1), n'eussent pas été embarrassés de justifier l'introduction de ces clauses, même contraires à la rigueur des principes, si la pratique en avait eu besoin. Aussi y a-t-il lieu de penser que les titres dont il s'agit auraient eu peu d'utilité dans la société romaine.

Les clauses à ordre et au porteur ont pris naissance dans le droit germanique, pour remédier aux inconvénients de l'incessibilité des créances et de l'inadmissibilité de la représentation en justice.

Il y a entre l'institution de ces titres et celle des stipulations au profit des tiers un rapport d'origine et même d'identité que M. Wahl a fort bien mis en lumière (2). Le droit germanique admit des contrats de livraison au profit des tiers. Les plus usités étaient ceux dans lesquels un vendeur promettait à l'acquéreur et à tous ses successeurs de les garantir contre une éviction et ceux dans lesquels une personne promettait d'acquitter une obligation entre les mains d'un *missus*.

(1) WAHL, loc. cit., p. 18.

(2) Loc. cit., p. 35 et 39.

La prestation devait être fournie, soit à un tiers immédiatement désigné, soit à un tiers non encore désigné. Dans la première hypothèse, il fallait que le mandataire (le *missus*) fût connu. Mais dans la deuxième hypothèse, la créance pouvait être transmise à un individu quelconque ou l'autorisation de plaider conférée à n'importe qui. Seulement, cette dernière personne devait prouver qu'elle tenait son droit du créancier désigné.

Lorsque les titres au porteur furent créés, ils cadrèrent très bien avec les principes du droit germanique. On considéra le premier détenteur du titre comme un intermédiaire agissant au nom de tous les porteurs successifs, qui devenaient créanciers, en vertu d'une stipulation, pour autrui.

Mais le porteur n'avait nullement à prouver qu'il détenait régulièrement le titre, puisque le débiteur s'était engagé envers tout détenteur. Le porteur était donc dans une situation beaucoup plus avantageuse que le bénéficiaire d'un contrat de livraison à son profit.

Les titres au porteur du moyen âge ont été étudiés dans leurs détails par Brunner et par M. Walh (1). Le

(1) Brunner les a divisés en quatre catégories : 1° ceux que le tiers ne peut recevoir que pour remplir un mandat dont il devra rendre compte au créancier nommé (*Exactionsclausel* ou *oderclausel*) ; 2° ceux qui permettent au tiers de représenter le créancier en justice, peut-être même de s'attribuer le bénéfice de la prestation (*Stellvertretungsclausel*, clause de représentation) ; 3° ceux qui n'exigent

plus ancien contenait la clause *ad exigendum* qui adjoignait au créancier, pour recevoir le paiement, la personne qu'il désignera ultérieurement en lui remettant le titre. Par l'expression générique de clauses alternatives, on entend toutes celles qui dispensaient le porteur de la preuve d'une transmission ou d'un mandat réguliers. On rencontre même, dès avant le xvi^e siècle, un certain nombre de titres au porteur purs et simples.

Une observation générale à tous les documents médiévaux de cette catégorie est que la différenciation des titres au porteur et des titres à ordre n'est pas encore à cette époque réalisée. Les caractères reconnus aujourd'hui comme communs aux uns et aux autres se rencontrent dans tous les documents en question, c'est-à-dire la présentation du titre au débiteur par celui qui en réclame le paiement et l'inopposabilité au détenteur du titre des exceptions qui auraient pu être opposées à la demande de l'un des auteurs de celui-ci. En outre, les titres dont il s'agit ne présentent pas les particularités qui plus tard deviendront distinctives des formes à ordre et au porteur (1).

pas la preuve de la légitimité des droits du porteur et qui se subdivisent en titres à clause alternative et en titres au porteur purs et simples.

Ainsi Brunner prend les effets des titres comme critérium de leur classification. M. Walh s'attache uniquement à leurs formules différentes (WAHL, loc. cit., p. 45 et suiv.).

(1) WAHL, loc. cit., p. 43 et 44.

La physionomie juridique, à la fin du moyen âge, des titres dont nous nous occupons, a été dessinée par Bouteiller, dans sa *Somme rurale* (1). Cet auteur résume la pratique de son époque.

Le porteur devient « seigneur de la chose ».

« Sachez, dit Bouteiller, que puisqu'aucun se rendra
» porteur de lettres et qu'il a les lettres par devers lui,
» il est seigneur de la chose et en peult faire ordonner,
» quitter, céder et transiger à sa volonté; ne cellui
» duquel les lettres sont faites et principalement obligé
» n'y a que veoir ni que dire sainsi n'estait qu'il vou-
» lust arguer de faulx contre celluy qui les lettres au-
» raient et quaultrement que de raison luy eust les let-
» tres ostées (2) ».

Ainsi le porteur, seigneur de la chose, peut disposer de la dette, la céder, en donner quittance, transiger sur elle. La personne nommément désignée dans la lettre ne peut intervenir dans l'action du porteur contre le débiteur, à moins qu'elle ne prétende que le porteur lui a volé la lettre.

Notre auteur continue en effet :

« Tellement qué se le Seigneur principal ne est dé-
» nommée es dictes lettres venait et comparait en Court
» pour estre sur ce ouy contre le porteur il n'y serait a

(1) Titre 11 du porteur de lettres, p. 54 et suiv.

(2) *Somme rurale*, fry. 20.

» recevoir se ainsi nestait qu'il voulust proposer que
» la lettre lui eust été emblée par le porteur (1) ».

Il en résulte que la mort du Seigneur principal (le créancier nommé) demeure sans influence sur la situation du porteur.

« Peulx scavoir que si une mesure obligation qui fist
» commandement ou au porteur de ces lettres estait
» apportée par aulcun porteur en Court dont le principal à qui on serait obligé fus mort et pour ce on voulut dire que par ce le porteur ne se voit à recevoir
» comme porteur de lettres, sachez que si seroit et conviendrait que l'obligé y respondit nonobstant la mort
» du principal comme dit est (2) ».

Le débiteur ne pourrait donc valablement opposer au porteur que la personne dénommée est morte.

Nul autre que le porteur ne pouvait réclamer le paiement du titre.

Le débiteur pouvait de lui-même opposer au porteur une exception fondée sur l'acquisition déloyale de la lettre :

« Pourquoy savoir le doilvent les dits hoirs sachez
» que à ce proposer sont bien à recevoir, mais ce ne
» seroit autre que loir ou ayant cause du principal mort

(1) *Somme rurale*, fry. 166.

(2) Eod. loc.

» ne la partie par especial obligée a ce dire ne seroit à » recepvoir ».

M. Brunner (1) a soutenu que Bouteiller aurait présenté le porteur comme un procureur. Mais il semble bien que notre auteur dise exactement le contraire :

« Monstrer vueil comme sans procuration on peult » interdemander, et javoit ce qu'on ne soit obligé à cel- » luy qui fait la poursuyvre si peult ou faire pousuyvre » contre aultre en court par porteur de lettres jasait ce » que l'obligation ne soit pas au nom celluy qui fayt la » poursuyte ».

Il résulte de ce passage que le porteur n'était pas un procureur et que son titre était, d'autre part, assimilé à une reconnaissance payable à présentation.

On doit donc conclure qu'à la fin du Moyen-Age le porteur était considéré comme propriétaire.

Mais, au commencement du xvr^e siècle, une réaction se manifeste contre cette conception (2). Le porteur fut regardé comme simple mandataire. Dumoulin (3), dans ses notes sur Gallus, est très explicite à cet égard. Il ne permet au porteur d'agir que s'il prouve qu'il est le créancier nommé (*creditor principalis*) ou son mandataire.

(1) *Nouvelle Revue historique du droit français* : Le titre au porteur du moyen âge, 1886, p. 139.

(2) WAHL, loc. cit, p. 97 et suivantes.

(3) Notes sur Gallus.

GLOSE sur la question 4.

Charondas le Caron combat Bouteiller dans son Commentaire (1). Il ne voit dans le porteur qu'un *ad-jectus solutionis gratia*, qui, s'il ne démontre pas la transmission, n'est autorisé qu'à recevoir le paiement, non à poursuivre en justice.

Un certain nombre de coutumes portent des traces, dans leur rédaction, de ce point de vue rétrograde (2) qui fut également adopté par la doctrine et par la jurisprudence des Parlements.

M. Wahl a légitimement conclu que ce mouvement juridique et législatif aboutissait à la « destruction même du titre au porteur. » (3)

Aussi la pratique s'ingénia-t-elle à trouver des procédés nouveaux qui lui permirent d'atteindre les résultats en vue desquels avaient été créés les titres au porteur. De là naquirent deux institutions nouvelles : les titres à ordre et les billets en blanc.

Nous n'avons à nous occuper ici que des titres à ordre. C'est à cette date que leur histoire se sépare de celle des titres au porteur et qu'ils apparaissent avec l'individualité distincte que nous leur connaissons actuellement. C'est dans la première moitié du XVII^e siècle, et en France d'abord, que s'opéra cette scission. Sans doute

(1) Page 644 (sous le chapitre 107).

(2) *Les Coutumes de Blois, de Dunois, de Montargis*, F. WAHL. loc. cit., p. 98.

(3) WAHL, loc. cit., p. 99.

on rencontre, avant cette époque, et notamment en Italie, des clauses, dites à ordre, mais elles n'étaient qu'une variété des clauses au porteur, car elles ne comportaient aucun des traits vraiment différenciateurs du titre à ordre, ni la garantie successive par tous les signataires, ni l'aval, ni l'acceptation, ni le protêt, ni l'endossement sur le titre (1).

Nés en France, les titres au porteur se répandirent partout : en Hollande, en Italie, en Allemagne, en Suède, grâce au livre célèbre de Savary, le *Parfait Négociant*, qui fut traduit dans toutes les langues (2).

Le titre à ordre, pour lequel on n'exigea de celui qui le présentait aucune preuve de la régularité de sa détention, rendit au commerce l'instrument de crédit dont il avait besoin.

Le mouvement de généralisation des titres à ordre ne s'accomplit pas instantanément. L'Ordonnance de 1673 distinguait entre l'endossement et l'ordre proprement dit. L'endossement signifiait une procuration donnée à fin d'encaissement. Il équivalait à ce que nous appelons aujourd'hui l'endossement de procuration.

Il y avait ordre lorsque l'endossement contenait la clause : « valeur reçue ». Brunner (3) conjecture que cette distinction de l'ordonnance s'explique par

(1) WAHL, loc. cit., p. 100.

(2) *Le Parfait Négociant* fut publié à Paris en 1675.

(3) Loc. cit.

ce fait qu'on se servit d'abord du titre à ordre comme d'un instrument de procuration, puisque, sous la pression des besoins du commerce, le principe de la transmission illimitée par la voie de l'endossement se développa et fut consacré sans restriction par la pratique.

Que devenait, pendant ce temps-là, le titre au porteur ? Il n'avait subi qu'une éclipse passagère par suite de l'exagération des romanistes qui avait fait du porteur un simple procureur. Il ressuscita bientôt, et ce fut certainement avant la fin du XVII^e siècle. Savary, dans le *Parfait Négociant*, en 1675, en constate déjà le développement (1).

Plusieurs causes amenèrent cette résurrection.

Ce fut d'abord la condamnation des billets en blanc. On avait non seulement remplacé les titres au porteur par les billets à ordre, mais encore tenté de leur substituer un autre mode de transmission qui était la simple promesse en blanc. Mais on remarqua que les billets en blanc favoriseraient la fraude sous diverses formes (2). Le Parlement les prohiba par de nombreux arrêts (3). Cette jurisprudence fut favorable au développement du billet au porteur, car le commerce réclamait impérieusement un titre à circulation rapide.

(1) Livre 3, chapitre 7. F. Déclaration royale du 28 février 1692.

(2) WAHL, loc. cit., p. 104 et suiv.

(3) Arrêts du 2 juin 1611 (BRODEAU, t. 2, p. 132) du 26 mars 1624, du 16 mai 1650, de 1669 (BRODEAU, loc. cit.).

En outre, il n'y avait plus contre le titre au porteur les mêmes préventions d'ordre théorique qu'autrefois. Ce qui le prouve, c'est qu'on n'invoqua contre le billet^t en blanc qu'on rejetait aucune des raisons qu'on aurait pu invoquer naguère contre le titre au porteur. On n'eut pas l'idée d'assimiler l'un et l'autre et de les embrasser dans la même condamnation en disant que ni l'un ni l'autre, en l'absence de mandat, ne conférait de droit au présentant. On se contenta de repousser l'usage des promesses en blanc par des considérations d'ordre pratique.

Ainsi l'édit du Parlement du 16 mai 1650 (1) présente les billets en blanc comme « frauduleux, préjudiciables au public et contraires à la franchise et loyauté qui doit être dans le commerce; d'où naissent journellement plusieurs différends, tant pour savoir qui doit avoir risque de la perte du contenu du billet et promesses en blanc, en cas d'insuffisance et de faillites et décès, etc. » Il semble donc qu'on ait oublié les discussions anciennes relatives au billet au porteur et qu'on ne voit aucune difficulté à permettre au porteur d'agir sans mandat du créancier nommé.

Une Déclaration royale du 26 février 1692 rétablit les titres au porteur. Mais leurs vicissitudes n'étaient pas encore terminées. Un édit de mai 1716 les abolit dans

(1) BRODEAU, tome 2, p. 132.

un but de protection de l'entreprise de Law (1). Après la chute de ce financier, ils furent rétablis par une déclaration du 21 décembre 1721 (2). Supprimés par un décret de la Convention du 8 novembre 1792, ils furent reconnus par les lois du 15 germinal an VI, du 8 floréal an VI, par un arrêté du 27 prairial an X, par un décret du 25 thermidor an XIII. (3).

Inutile de dire que dans les actes des tabellions ou notaires royaux, nous ne relevons nulle trace de titres à ordre ou au porteur. De même que nous ne trouvons aucun texte s'y rapportant. Strictement commerciales, l'emploi de ces modalités répugnait profondément à l'ancien corps notarial. A l'heure actuelle, nombreuses sont encore les chambres de notaires (4) qui voient ces clauses d'un mauvais œil et qui, ne pouvant les prohiber, exigent du notaire qui dresse une obligation ou elles se rencontrent un écrit constatant que c'est sur réquisition expresse du client prêteur (jamais l'emprunteur ne signe cet écrit, il n'y a que le prêteur), qu'il a été contraint d'agir ainsi. Cela se comprend aisément : merveilleux

(1) ISAMBERT, t. 21. p. 206.

(2) Idem, t. 21, p. 190.

(3) F. *Sur ces vicissitudes*, WAHL, loc. cit. p. 111 et suiv.

(4) Règlement intérieur de la Chambre des notaires de Chalon-sur-Saône.

instruments de crédit, les clauses à ordre et au porteur permettent trop facilement aux notaires de tourner les prescriptions des lois organisatrices du notariat, leur interdisant de prêter à leurs clients.

CHAPITRE II

Validité de la clause à ordre dans les titres constatant les créances de nature civile et créées même entre non commerçants.

La loi, sanctionnant l'usage, a expressément prévu l'insertion de la clause à ordre dans certains titres : d'abord dans les lettres de change et le billet à ordre, puis dans le connaissance, le chèque, le warrant. Mais les avantages considérables de la clause à ordre ont conduit la pratique à en faire l'application à des titres pour lesquels la loi ne l'avait pas exigée : lettres de voitures, polices d'assurances, billets civils, etc. (1).

(1) *De la clause à ordre, spécialement dans les polices d'assurances*, Thèse Edouard SCOFFIER, Paris 1896. — *La clause à ordre*, Thèse Louis DEBRAY, Paris 1892. — *Généralisation de la clause à ordre* : Annales de Droit commercial 1897, p. 156, J. CHAMPCOMMUNAL.

Il est à peine besoin de rappeler ici les avantages que présente la transmission des créances par la voie de l'endossement. La trace de l'endossement sur le titre assure une publicité plus parfaite que celle qui résulte des formalités de l'article 1690 du Code civil. Il n'y a pas lieu alors de craindre une absence de déclaration ou une fausse déclaration aux intéressés, puisque le titre porte le signe matériel de la cession. En outre, la forme à ordre procure une remarquable facilité de transmission. A la seule condition de remplir les formalités simples et rapides indiquées par l'article 137 du Code de commerce, l'endossement opère translation de propriété, au lieu que les formalités requises par l'article 1690 Code civil sont gênantes et coûteuses. Enfin, un supplément de garantie est apporté par le titre à ordre à cause de l'inopposabilité, en principe, au porteur du titre, des exceptions et dépenses opposables, au créancier originaire (1) ou aux cessionnaires successifs, et à cause de l'obligation pour le débiteur de payer sa dette entre les mains du porteur et sur la présentation du titre.

Il était dès lors très naturel que la pratique moderne, commerciale ou civile, cherchât à éviter le mécanisme imparfait de l'article 1690 et adaptât la forme souple de l'endossement à la transmission de toutes les créances, à tous les actes quels qu'ils soient.

(1) Paris, 4 janv. 1899, D. P. 1900, 2, 121. Voir Note PERCEROU.

« Les contractants, dit M. Beudant (1), tenaient à profiter des nombreux avantages de la forme à ordre et de l'endossement : plus de facilités et plus de garanties, moins de frais. Le débiteur emploie une forme qui favorise son crédit, le créancier a entre les mains une valeur qui lui permet, par une négociation prompte et sans frais, de rentrer dans ses fonds. »

Mais cette généralisation de la clause à ordre était-elle licite ? Cette clause pouvait-elle être étendue à toute créance et insérée dans un acte quelconque, ou bien devait-elle être déclarée spéciale aux titres pour lesquels la loi l'a exigée et réglementée ? Tout particulièrement, cette clause pouvait-elle être étendue aux créances de nature purement civile, et ces créances pouvaient-elles être stipulées payables à l'ordre d'un créancier non commerçant ?

La jurisprudence et la grande majorité de la doctrine admettent sans difficulté aujourd'hui que des créances d'origine civile, créées même entre individus non commerçants, peuvent être stipulées payables à l'ordre du créancier primitif. Cette solution a d'ailleurs été constamment affirmée par la Cour de Cassation (2).

(1) M. BEUDANT, note au Dalloz 1878, I. 241.

(2) Civ. Cass. 18 janvier 1825 (solution implicite), Siréy Chron. C. IV. VIII-1-16. — Req. 11 avril 1849 Sirey 1849, I. 305 (solution implicite) Civ. Cass. 7 mai 1879 Sirey 79, I. 421 — Req. 15 mars 1892

Mais une résistance s'est, au début, manifesté de la part de certaines cours d'appel, et certains auteurs se sont eux-mêmes montrés rebelles à cette extension de la clause à ordre (1).

Il est donc nécessaire d'établir la validité de la clause à ordre en matière de créances civiles et créées entre non commerçants.

D'une façon générale, on peut affirmer que la clause à ordre, loin d'être spéciale au commerce et de ne pouvoir être insérée que dans les titres pour lesquels la loi l'autorise expressément et la règlemente, rentre au contraire dans le domaine de la liberté des conventions, est susceptible d'une extension à toutes les créances et d'une insertion dans tous les actes. En d'autres termes, les parties sont libres de donner au titre de la créance,

Sirey 94, 1. 495. — Lyon 4 juin 1830 sous Civ. Cass. 18 novembre 1833, Sirey, 1833, 1. 817. — Pau 25 juin 1836, Sirey 1837, 2, 107.

AUBRY et RAU, § 359 bis, texte et note 24 bis, 24 ter et 25, 5^e édit., tome 5, p. 212. — LYON-CAEN et RENAUT, *Traité de Droit commercial*, tome 3, n° 98 et tome 4, n° 156. — THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, nos 1337-1343. — BAUDRY-LACANTINERIE et SAGNAT, *De la Vente*, n° 301. — GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, tome 2, n° 792. — BEUDANT, note au Dalloz 1878, 1. 241. — TISSIER, note au Sirey 1897, 1. 181. — PASCAUD, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 78, p. 705-719.

(1) Lyon 22 mars 1830, Dal., v. Saisie-Arrêt, n° 445-2°. — Grenoble 7 février 1835, Sirey 1835, 2, 340. — Limoges 27 novembre 1845, Sirey 1846, 2, 482. — Riom 27 juillet 1875, cassé par Civ. Cass. 8 mai 1878, D. 78, 1. 241.

LAURENT : *Principes de droit civil*, tome 24, n° 498. — HUC : *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 1^{er}, n° 217.

quelle que soit la nature de cette créance, la forme qu'elles jugent la plus opportune, et la forme du titre ainsi librement déterminée fixe les formalités qui doivent être accomplies pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers. Contrairement à cette opinion, aujourd'hui généralement incontestée en doctrine et en jurisprudence, on a soutenu, d'une manière absolue ou avec des atténuations, que la clause à ordre devrait être déclarée spéciale aux titres pour lesquels la loi l'organise. On peut ramener à trois groupes les objections qui ont été faites à cet égard à la pratique et à la théorie dominante.

Un premier groupe affirme, d'une façon absolue, l'impossibilité de l'extension de la clause à ordre. La volonté des parties contractantes ne pourrait créer un titre à ordre en dehors des cas dans lesquels la loi a établi la forme à ordre.

A l'appui de cette affirmation, on fait le raisonnement suivant. L'article 1690 du Code civil, qui établit les règles de la cession de créance, édicte une règle d'ordre public à laquelle la volonté des parties ne saurait déroger. Le caractère d'ordre public de cette règle vient de ce qu'elle a pour objet d'assurer la publicité de la cession. Le débiteur n'a donc pas plus le droit de renoncer à l'observation des formalités de l'article 1690 que l'acquéreur d'un droit réel immobilier n'aurait le droit de renoncer à la transcription.

Le point de départ de cette argumentation est faux.

Nous ne pénétrerons pas ici bien avant dans la notion, d'ailleurs assez imprécise, de l'ordre public. On a soutenu, avec raison croyons-nous, que la disposition de l'article 1690 n'est pas d'ordre public (1). En tout cas, on ne peut nier que rien dans la loi ni dans les travaux préparatoires ne permet de supposer que le législateur ait entendu imprimer un tel caractère au texte dont il s'agit. Dira-t-on que l'article 1690 est d'ordre public par l'essence même de sa disposition, qui tend à protéger les tiers ? Mais, s'il en est ainsi, le caractère d'ordre public du texte cesse lorsque les tiers ne courent pas de danger. Les dispositions d'ordre public, déroatoires au grand principe de la liberté des conventions, doivent avoir pour limite la protection même qu'elles poursuivent.

Tout revient donc à se demander si les tiers courent un danger en cas de transmission d'une créance par la voie de l'endossement ?

A cette question il faut répondre négativement. Quels sont ici les tiers ? Le débiteur cède d'abord. Or le débiteur n'est nullement menacé, puisque, lorsqu'il s'oblige dans la forme à ordre, il sait que le titre qu'il souscrit sera l'objet de transmissions successives et qu'il devra payer, à l'échéance, au porteur. Au contraire, un débi-

(1) Notamment PASCAUD, *Revue critique*, loc. cit. et beaucoup d'arrêts.

teur qui s'engage dans les formes ordinaires pense qu'habituellement le titre demeurera entre les mains du créancier auquel il l'a souscrit; si celui-ci le cède, il y a un fait anormal auquel le débiteur ne s'attendait pas; il pourrait, dans l'ignorance de la cession, payer au créancier originaire. L'article 1690 a prévu cela. Mais il ne servirait à rien au débiteur qui s'est engagé dans la forme à ordre d'être prévenu lors de chacun des endossements. Il sait parfaitement qu'il a souscrit un titre négociable.

Les autres tiers, les créanciers de l'endosseur, ne sont pas plus exposés que le débiteur. En effet, craindrait-on qu'ils puissent être victimes de dissimulations ou de fraudes de la part des individus tombés en faillite ou en déconfiture, et qui, grâce à la facilité de l'endossement, détourneraient leur actif? Mais la cession opérée dans ces conditions par un failli serait annulée en vertu de l'article 447 du Code de commerce. En ce qui concerne l'endosseur en déconfiture, on sait que la loi ne lui interdit de vendre que les objets qui sont sous la main de justice; il peut, par conséquent, en l'absence de saisie, céder sa créance. Dans ce cas, on ne voit pas ce que l'accomplissement des formalités de l'article 1690 eût changé dans la situation des créanciers. Les cas de fraude seront très rares. D'ailleurs, les créanciers pour-

ront recourir, suivant le droit commun, à l'action paulienne de l'article 1167 (1).

Il est, par suite, permis de conclure avec MM. Lyon-Caen et Renault :

« Rien n'indique dans l'article 1690 que la règle posée par lui soit impérative. Il est vrai qu'il s'y agit de formalités de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers ; mais comme l'exclusion des formalités de l'article 1690 ne peut résulter que de la forme spéciale donnée au titre de créance et que cette forme doit être connue des tiers, leur intérêt est sauvegardé. Les tiers, intéressés dans le sens de l'article 1690, sont les cessionnaires de la même créance, le débiteur cédé, les créanciers du cédant qui veulent former sur la créance une saisie-arrêt.

« Les concessionnaires et le débiteur cédé connaissent nécessairement la forme du titre de créance ; les premiers en ont reçu la délivrance et le second a contribué à sa création. Quant aux créanciers du cédant, ils sont avertis par le débiteur, auquel ils s'adresseront avant d'opérer la saisie-arrêt.

« Les formalités de 1690 sont gênantes et coûteuses. On comprend que les parties veuillent les écarter. Il y a là une véritable nécessité pour elles » (2)

Une autre doctrine, un peu moins absolue, admet

(1) Cf. PASCAUD, *Revue critique*, loc. cit. — BEUDANT, loc. cit.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, n° 98.

seulement l'extension de la clause à ordre aux titres assimilables à la lettre de change et au billet à ordre (1), c'est-à-dire aux titres ayant pour objet une somme d'argent et à échéance fixe. Cette double condition ferait du titre un véritable billet à ordre dans les termes de l'article 188 du Code de commerce. D'après ce système, la clause à ordre ne pourrait donc être insérée dans une lettre de voiture parce que l'obligation du voiturier a pour objet des marchandises (2), ni dans une police d'assurances, à cause du caractère éventuel de la créance de l'assuré, ni dans un titre de créance stipulant des échéances successives.

Cette théorie est manifestement erronée. La loi admet formellement l'insertion de la clause à ordre dans des titres qui n'ont pas pour objet des sommes d'argent dans le connaissement et le warrant (3). Si la loi a exigé pour certains titres les conditions dont il s'agit, c'est qu'elle a voulu qu'ils servissent, dans une certaine mesure, de papier-monnaie. Mais la clause à ordre peut avoir uniquement pour but de faciliter la circulation du titre. C'est en effet le rôle qu'elle joue dans les warrants et les connaissements.

(1) DUBOIS, note au Sirey, 1875, I, 169. Nancy, 9 mars 1872, Sirey, 1872, 2, 7.

(2) Trib. civ. Seine, 15 janvier 1890. *La Loi*, 12 février 1890.

(3) Cass., 7 mai 1878. Sirey, 1878, I, 241 ; LYON-CAEN, *Revue critique*, 1881, p. 292 ; Trib. civ. Seine, 25 janvier 1880. *Le Droit*, 21 février 1880.

Le système que nous venons de rejeter est très voisin de celui qui n'admet l'extension de la clause à ordre que pour les effets de commerce (1). Cette théorie se rallie, en principe, à l'opinion qui considère l'article 1690 comme contenant une disposition d'ordre public. Mais elle prétend qu'il doit y être dérogé en matière commerciale, où les usages font loi, tandis qu'aucune dérogation ne serait possible en matière civile. C'est donc dans la nature civile ou commerciale de l'obligation que ce système cherche le critérium.

Mais cette distinction est inadmissible. Ou bien l'article 1690 est impératif, ou bien il ne l'est pas. S'il l'est, aucun usage, même commercial, ne peut lui faire échec ; il doit régir les créances commerciales aussi bien que les créances civiles. Il ne saurait être impératif pour celles-ci et interprétatif de volonté à l'égard de celles-là (2).

La Cour de Paris a repoussé justement cette manière de voir : « Attendu, dit-elle, que, pour résoudre la difficulté, il est inutile de rechercher si une police d'assurance est un acte de commerce ou un acte civil. Qu'en effet, la voie de l'endossement n'est pas un mode de transmission des créances exclusivement réservé au commerce, puisque la loi admet dans les billets à ordre

(1) Notamment RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire*, voir Lettre de change, nos 471-482.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, tome 3, n° 98.

le caractère civil comme le caractère commercial » (1). Cette décision pose le problème en ses véritables termes.

Or, nous avons vu que la disposition de l'article 1690 n'est pas d'ordre public, puisque les tiers qu'il veut protéger ne courent aucun danger par suite de l'emploi de la forme à ordre. Le principe de la liberté des conventions exige dès lors que les parties puissent librement modifier l'article 1690 en conformité des besoins impérieux de la pratique.

En réalité, les règles relatives à la transmission d'un titre à ordre ne doivent pas être considérés comme apportant une exception à la règle de l'article 1690.

Il y a deux systèmes de transmission de créances.

L'article 1690 n'a organisé que les conditions de transmission de créances à personne dénommée. Les créances à ordre sont demeurées en dehors des prévisions de rédacteurs du Code civil ; elles doivent se transmettre dans les formes simples et rapides qui leur sont propres.

Il est permis de s'engager dans la forme que l'on veut, et la forme adoptée déterminera les règles propres de la transmission de la créance. Si un débiteur s'engage dans un titre à ordre, les formalités de l'article 1690 ne se conçoivent plus pour l'opposabilité aux tiers de la transmission de la créance. Il n'est donc pas dou-

(1) Paris 2 avril 1879, Dalloz 1879, 2, 130.

teux qu'une créance d'origine purement civile, née entre non commerçants ou entre commerçants, peut être stipulée payable à l'ordre du créancier primitif.

D'ailleurs, même en admettant que l'article 1690 soit d'ordre public, on pourrait soutenir qu'en matière d'obligations notariées à ordre et au porteur cet article reçoit satisfaction.

En effet, qu'exige-t-il ? Notification au débiteur ou acceptation de bonne grâce par celui-ci constatée par acte authentique. Or, cette acceptation, il n'y a pas de texte qui empêche le débiteur de la donner d'avance. Et c'est ce qu'il fait lorsqu'il s'oblige dans les formes à ordre et au porteur. De plus, ces obligations se passant par devant notaire et étant par conséquent en forme authentique, on pourrait presque dire qu'elles répondent au vœu de la loi s'il ne semblait résulter de l'examen des termes mêmes en lesquels est conçu l'art. 1690 que les législateurs de 1804 aient considéré la présence ou l'acceptation du débiteur cédé au moment ou après l'acte de cession, comme la condition *sine qua non* de cette cession.

CHAPITRE III

Validité de la clause au porteur dans les titres constatant des créances de nature civile et créés même entre non commerçants.

Les considérations développées dans le chapitre précédent au sujet de la clause à ordre dans les créances et les billets civils s'appliquent à la clause au porteur. Cette dernière procure aux titres la facilité maxima de circulation. La simple détention du titre entraîne en effet présomption de propriété ; il suffit donc d'une tradition manuelle pour que la présomption de propriété passe sur la tête d'autrui. Aussi la pratique a-t-elle introduit la stipulation au porteur en matière de créances civiles formées même entre individus non commerçants. Et la jurisprudence a validé cette stipulation (1).

(1) Req. rej. 10 novembre 1829 ; Sirey Chron. G. 4, l. 380. — Civ. Cass. 15 janvier 1855, Sirey 1855, l. 257. Req. rej. 4 juin 1878, Sirey 78, l. 404.

La doctrine n'a pas été moins affirmative (1). La validité de la clause au porteur en notre domaine résulte du principe de la liberté des conventions, ainsi que du caractère de l'article 1690 qu'on ne peut considérer comme étant d'ordre public, puisque l'absence des formalités qu'il prescrit ne fait courir aucun danger aux intéressés ; le débiteur qui consent à l'insertion de la clause au porteur accepte *ipso facto* pour créanciers tous les porteurs successifs. D'ailleurs, les cessionnaires et les créanciers du cédant se trouvent, par la forme même du titre, avisés, aussi bien que le débiteur cédé lui-même, de l'éventualité des transports successifs de la créance. Les raisonnements que nous avons faits à propos de la clause à ordre ont ici la même valeur. Nous ne les reprendrons pas.

Mais, si nous avons cru devoir examiner à part les titres civils au porteur, c'est qu'ils nous ont semblé mériter deux observations particulières, l'une relative à l'évolution de la législation à leur égard qui vient confirmer leur validité, l'autre se référant à la forme que peut revêtir la stipulation au porteur.

Les billets au porteur sont d'un usage très ancien. La Coutume d'Orléans, dans son article 432, les autorisait formellement. « Porteur de lettres obligatoires, dit ce texte, peut faire exécution sur le débiteur obligé comme

(1) Cf. les auteurs cités au chapitre premier.

ferait le créancier principal, si à ce le dit débiteur s'est obligé (c'est-à-dire, explique Pothier, s'il s'est obligé par le contrat de payer au porteur). » Et Pothier ajoute dans son Commentaire : « La tradition de l'obligation faite par le créancier au porteur, lorsqu'il est dit qu'elle sera payable au porteur, est censée renfermer, non une simple procuration, mais un transport qui a lieu entre les héritiers du cédant. » (1)

La pratique des billets au porteur reçut une confirmation dans l'Ordonnance de 1673 et dans les Déclarations royales du 26 février 1692 et du 21 janvier 1721. Mais lorsque la Convention, pour remédier au déficit, créa les assignats, elle chercha à éviter la concurrence qu'auraient pu faire à ces titres les billets au porteur mis en circulation par les particuliers ou les collectivités. Aussi le Décret du 8 novembre 1792 défendit « aux corps administratifs, aux compagnies et aux particuliers de souscrire ou d'émettre des billets au porteur » sous la menace des pénalités frappant le faux-monnayage. Mais le Décret du 25 thermidor an III revint sur cette défense et décida que « dans la prohibition de souscrire et de mettre en circulation des effets et billets au porteur, n'était pas comprise la défense de les émettre, lorsqu'ils n'auraient point pour objet de remplacer ou de suppléer la monnaie. En conséquence, ajoute le dé-

(1) POTRIER, Coutume d'Orléans, art. 432 et notes.

cret, il est permis de souscrire et de mettre en circulation, de gré à gré, comme par le passé, des billets au porteur. »

De ce dernier texte il résultait que (sous la seule réserve qu'ils ne devaient pas tenir lieu de papier-monnaie) les émissions de tous effets au porteur étaient autorisées. Cette disposition, conforme à la législation antérieure, ne distinguait aucunement entre les billets au porteur émis par des particuliers et les autres. Et les lois postérieures, ne se trouvant nullement en contradiction avec elle, l'ont laissé subsister. Les particuliers peuvent donc, de gré à gré, constater leurs créances dans des titres revêtant la forme au porteur (1). En outre, aucune prohibition n'a jamais été faite ni dans les textes que nous avons cités ni dans les lois postérieures relativement à l'adaptation de la forme au porteur à la constatation des créances civiles nées entre particuliers non commerçants. C'est là sans doute un argument d'ordre secondaire, mais il n'est pas dépourvu de valeur. Il constitue pour ainsi dire une démonstration par la méthode négative (ce qui n'est pas défendu par la loi est permis) de la validité de la clause au porteur dans les créances et les billets non commerciaux. Et il apparaît ainsi comme une confirmation de la conclusion

(1) Un arrêt de la Cour de Cass. du 10 nov. 1829 s'est formellement appuyé sur la loi du 25 thermidor an III pour valider un billet au porteur. Cf. note de M. TISSIER dans Sirey 1897, I. 161.

à laquelle nous a conduit l'argumentation positive puisée dans le principe de la liberté des conventions et dans le caractère de l'article 1690 du Code civil.

Toute espèce de créance susceptible de cession peut être constatée, en vertu d'un accord des contractants, dans un billet au porteur. Mais l'expression « au porteur » n'a rien de sacramentel et n'est pas la seule qui rende le titre transmissible par simple tradition. Toute autre formule analogue, telle que « bon pour telle somme » par exemple, aura la même fonction (1). Cependant il y a lieu de remarquer que les billets en blanc, c'est-à-dire ceux dans lesquels le nom du créancier est laissé en blanc, pour être rempli éventuellement au nom du porteur, sont interdits par l'article 1^o de la loi du 20 Vendémiaire an IV. Ils ne pourraient être légalement négociés (2). Cette prohibition se justifiait aisément. Le billet en blanc pourrait être complété frauduleusement par un dépositaire infidèle, par un héritier voulant le soustraire de la masse à partager, par le complice d'un banqueroutier pour dissimuler l'actif ; en le remplissant en leur nom, ils créeraient un obstacle particulier aux poursuites dirigées contre eux. Le nom du porteur sur le billet pourrait en effet induire les juges en erreur sur le caractère primitif de celui-ci.

(1) Riom 17 décembre 1840, *Palais* 1846, tome 2, p. 693.

(2) Rennes 27 mars 1843, *Alauzet*, II, n^o 1020.

La prohibition de la loi de vendémiaire a été implicitement abrogée, en matière d'endossement par l'art. 138 du Code de commerce qui déclare valable comme procuration un endossement non accompagné des mentions prescrites. Mais, en dehors des hypothèses d'endossement, aucune disposition légale n'a visé les billets en blanc. La négociation des billets au porteur en blanc demeure donc interdite.

A part cette exception, les exceptions au porteur peuvent recevoir n'importe quelle forme. Elles peuvent notamment revêtir la forme notariée, comme nous l'allons voir immédiatement.

CHAPITRE IV

Validité des clauses à ordre et au porteur dans les actes notariés

Le principe de la validité des clauses à ordre et au porteur en matières d'obligations civiles formées entre particuliers non commerçants, s'applique aux obligations constatées par acte authentique aussi bien qu'à celles constatées par actes sous signature privée. Il n'y a, en effet, aucune raison de distinguer et de refuser le bénéfice de ces clauses aux contractants qui usent du droit de faire conférer l'authenticité à leurs conventions.

Rien n'est plus facile que la réalisation pratique de ces clauses dans les actes notariés. Si l'acte est délivré en brevet, c'est-à-dire si l'original est remis aux parties, l'endossement se fera par une mention portée sur cet original; si l'acte est retenu en minute, les endosse-

ments successifs seront mentionnés sur la grosse. Quant à la clause au porteur, elle se réalisera par la tradition de l'original ou de la grosse. La jurisprudence a autorisé la pratique, très répandue en certaines régions, des stipulations « payables au porteur » ou « payables à l'ordre de » dans les obligations notariées (1), et elle décide que l'endossement ou la tradition opère translation de la créance non seulement entre les parties contractantes, mais aussi à l'égard des tiers. La négociation de la créance est valable *erga omnes*. Car elle légitime tout endossataire à recevoir paiement. De même tout porteur d'un titre (original ou grosse) stipulé payable au porteur peut se faire payer et bénéficier de la présomption légale de bonne foi admise en matière de possession de meubles corporels (2). Le motif dominant des arrêts est qu'aucune disposition de la loi n'a prohibé l'usage de telles clauses, dont elle proclame la validité et l'efficacité, soit qu'elles se trouvent insérées dans un acte en brevet, soit qu'elles se trouvent apposées à la grosse.

(1) Voyez pour la clause à ordre Cass. 8 mai 1878, Sirey 1878, I, 292, et Dalloz 1878 I, 241, avec la note de M. Beudant ; et pour la clause au porteur : Bordeaux, deux arrêts des 22 janvier 1839 (S. 1839, 2, 258) et 7 février 1846 (Sirey 1846, 2, 321) ; Angoulême, 24 décembre 1850, Sirey 1851, 2, 32 ; Agen, 27 décembre 1875, Sirey 1879, I, 103 ; Civ. Cass. 9 novembre 1896, Sirey 1897, I, 161, avec la note de M. Tissier.

(2) Civ. Cass. 15 avril 1868, S. 63, I, 387 ; Req. 14 février 1877, S., 78, I, 72.

M. Beudant (1) a élevé contre cette jurisprudence une objection pratique et d'une portée d'ailleurs limitée. Le savant auteur aurait voulu qu'on restreignît l'usage des stipulations en question aux seuls actes en brevet. Voici son raisonnement. Se plaçant dans l'hypothèse d'une obligation notariée avec minute, il prétend que « l'extension donnée à l'usage de l'ordre dépasse manifestement les prévisions du législateur ». « En fait, dit-il, dans les effets négociables, le droit se confond avec l'écrit qui le constate, la cession du droit avec la remise du titre ; c'est pour cela que l'endossement doit être mis sur le titre lui-même et ne peut être admis par acte séparé ; c'est pour cela également que la quittance sans la remise du titre serait inefficace. Le titre porte donc inévitablement la trace des transmissions dont le droit peut avoir été l'objet ; et alors il n'y a plus à craindre que les débiteurs soient exposés à payer sans le savoir aux mains de qui n'est pas créancier, ou que le créancier puisse tromper un cessionnaire en lui transmettant un droit déjà transmis à un autre. Par suite, il est tout naturel que l'acceptation ou la signification cessent d'être exigées ; la dérogation au droit commun, telle qu'elle résulte des articles 1690 et 1691 du Code civil, n'a aucun inconvénient. Il en est de même quant aux créances civiles constatées par acte sous seing privé ; il

(1) Note au Dalloz, 1878, I, 243 (col 2^e) et p. 244 (col. 1^e).

en est de même encore quant aux mêmes créances passées par acte notarié délivré en brevet ; mais la situation change complètement quand il s'agit d'obligations notariées par acte rédigé en minute. L'endossement, dans ce cas, est écrit au bas ou au dos de la grosse qui circule ; il peut alors arriver que le débiteur ou ses héritiers payent sur la minute au créancier originaire, ignorant la cession intervenue, que rien n'a porté à leur connaissance. La dérogation au droit commun devient alors périlleuse. Il est vrai que le débiteur ou ses héritiers auraient un moyen d'éviter le danger qui le menace, ce serait, sachant ou devant savoir que la créance est à ordre, d'exiger, lors du paiement, la remise de la grosse. Mais il arrivera souvent qu'ayant stipulé cette remise, on ne veillera pas à ce qu'elle soit effectuée, et le débiteur qui se sera libéré aux mains du créancier originaire, dans l'ignorance de la cession, se trouvera encore obligé au regard du cessionnaire porteur de la grosse ». M. Beudant conclut qu'il serait prudent de n'admettre la cession par endossement des créances civiles constatées par des actes notariés que lorsque ceux-ci seraient reçus en brevet.

Il importe d'examiner la valeur de cette objection. Le débiteur d'une obligation notariée par acte rédigé en minute et dont la grosse contient la clause à ordre ou la clause au porteur, court-il vraiment le danger, lui ou ses héritiers, après avoir payé au créancier originaire, d'être encore obligé à payer au porteur de la grosse ?

M. Beudant reconnaît lui-même que le débiteur, pour éviter ce péril, n'aura qu'à exiger la remise de la grosse lorsqu'il effectuera le paiement. D'autre part, il est peu vraisemblable que le débiteur soit assez négligent pour ne pas veiller à ce que cette remise ait effectivement lieu. Mais il est une hypothèse que M. Beudant ne semble pas avoir prévue. C'est celle qui pourrait se présenter par suite de l'application de l'article 844 du Code de procédure civile. Ce texte permet, dans des circonstances exceptionnelles, d'obtenir, sur une ordonnance du président du tribunal, la délivrance d'une seconde grosse. Ne semble-t-il pas que cette délivrance soit susceptible de mettre en circulation deux grosses également négociables, d'investir leurs deux porteurs de la créance et d'obliger les débiteurs à payer deux fois ? En réalité, il n'en sera pas ainsi. Il ne faut pas oublier, en effet, que le président, auquel requête est adressée, dans les termes de l'article 844 c. proc. civ., à l'effet d'obtention d'une seconde grosse, jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour accueillir ou rejeter, suivant les cas, cette requête (1). Le président n'ordonnera donc cette délivrance qu'en connaissance de cause. Or, il est manifeste que la mention de la clause à ordre ou de la mention au porteur dans la minute de l'acte éveillera son attention et qu'il n'accordera qu'à bon

(1) GARSONNET : *Traité de procédure*, tome 6, § 1230.

escient la délivrance d'une seconde grosse. Le danger redouté pour le débiteur apparaît donc, en toute hypothèse, comme presque absolument chimérique, et il faut, en conséquence, admettre la validité des clauses dont il s'agit dans les actes notariés retenus en minute aussi bien que dans les actes en brevet.

Enfin, il faut logiquement admettre l'application du principe posé à tous les actes notariés, quelle que soit la nature de la créance qu'ils constatent. La plupart des arrêts que nous avons jusqu'ici rapportés ont été rendus dans des espèces où il s'agissait d'actes constatant des prêts d'argent. C'est en effet l'hypothèse la plus fréquente. Mais la même solution doit être admise en matière d'obligations notariées à raison de toute autre cause (1). Les décisions jurisprudentielles sont d'ailleurs conçues en termes généraux, et les motifs sur lesquels elles s'appuient ont une valeur générale applicable à toutes les créances. Il ne peut en être autrement, puisque la question de la validité des clauses à ordre et au porteur est essentiellement relative à la forme de transmission des créances et indépendante de l'origine ou du contenu de celles-ci.

(1) Un jugement du tribunal d'Angoulême du 24 décembre 1850 (Sirey 1852, 2, 321) a déclaré valable une cession de fermages à échoir consentie au porteur par acte notarié.

CHAPITRE V

Application du principe aux créances nées d'un contrat synallagmatique

Il pourrait peut-être sembler, à un examen superficiel, que la nature des rapports de droit synallagmatiques, où chacune des parties contractantes est à la fois créancière et débitrice, vint contrarier la réalisation du principe que nous avons établi. Supposons, par exemple, un contrat de vente. Le vendeur est créancier du prix, mais il est en même temps débiteur; il doit faire la délivrance de la chose vendue; il est responsable de ses vices cachés, il est tenu de s'abstenir de troubler l'acheteur dans sa possession et même de le protéger, et, le cas échéant, de l'indemniser des évictions et des troubles provenant d'un tiers (garanties de vices, du fait personnel, d'éviction).

Or, l'on pourrait être tenté de se demander si l'en-

semble des droits et obligations du vendeur ne forment pas dans son patrimoine un tout indivisible, de telle sorte qu'il ne puisse céder à un tiers la créance du prix contre l'acheteur sans céder simultanément et nécessairement les obligations qu'il a envers ce dernier. Cette cession ne pourrait dès lors être opérée que si le cessionnaire consentait à prendre à sa charge les engagement et les diverses responsabilités du vendeur. Cela étant, il est clair que ce consentement du cessionnaire ne saurait résulter de l'endossement ou de la tradition de l'acte contenant la simple stipulation du prix de vente.

D'autre part, remarquons que cette cession des obligations du vendeur ne saurait avoir lieu qu'avec l'assentiment de l'acheteur. L'opération juridique analysée se décompose en effet en une cession de créance et en une cession de dettes simultanées. Or, une cession de dettes ne peut se faire sans la volonté du créancier. Jusqu'à l'adhésion de ce dernier, la convention de cession passée entre les deux débiteurs successifs constitue un simple projet (1). Le vendeur ne pourra donc céder à un tiers ses obligations envers l'acheteur qu'avec la volonté de celui-ci. Or, de ce que l'acheteur ait consenti à l'insertion, dans l'acte de vente, de la stipulation

(1) GAUDEMET : *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, 1898. — PLANIOL, *Droit civil*, tome 2, n° 395, édit. 1905.

du prix payable au « porteur de la grosse », il ne résulte nullement qu'il ait consenti à la substitution des porteurs successifs au vendeur quant aux responsabilités de ce dernier.

En somme, l'objection pourrait être résumée ainsi : la créance du vendeur formant avec les obligations corrélatives un ensemble indivisible, le vendeur devrait nécessairement céder son passif en même temps que son actif. Or, les clauses à ordre ou au porteur apposées à un acte contenant uniquement stipulation du prix de vente ne feraient apparaître ni l'acceptation par le cessionnaire des obligations du cédant, ni l'acquiescement non moins indispensable de l'acheteur au transport de ces obligations.

Cette argumentation sera viciée dans l'affirmation qui lui sert de point de départ. Il n'est point exact que les droits et obligations du vendeur, et, plus généralement, de l'homme engagé dans des rapports synallagmatiques, forment un tout indivisible. Les éléments actifs peuvent être cédés sans que cette cession implique en aucune façon le transport des éléments passifs. La cession d'une créance, même si elle est opérée dans les formes de l'article 1690, n'impose pas au cessionnaire les responsabilités qui incombaient au cédant corrélativement à cette créance. Il ne pourrait y avoir cession de ces dettes qu'en vertu d'une manifestation expresse de

volonté de la part des deux débiteurs successifs, et, en outre, d'une adhésion du créancier (1).

Lorsque, par suite, pour reprendre notre hypothèse type de la vente, l'acte notarié constatant la créance du prix contiendra stipulation du paiement au porteur, l'insertion de cette clause n'entraînera pas de la part de l'acheteur (créancier des obligations du vendeur) acquiescement à la transmission aux porteurs successifs des dettes du vendeur. La négociation ne portera que sur la créance du prix. Elle ne porterait sur les engagements et les responsabilités du vendeur que s'il y avait eu à cet égard manifestation expresse de volonté de la part du vendeur, du porteur du titre et de l'acheteur créancier de ces engagements. En l'absence de semblables déclarations de volonté, le vendeur reste débiteur envers l'acheteur, la créance du prix est seule transmise et négociable.

On voit donc que rien ne s'oppose à ce que les créan-

(1) Nulle disposition légale ne s'opposant à la transmission des dettes dans notre droit, il faut en admettre la légitimité au nom du principe de la liberté des conventions (GAUDEMET, loc. cit.; SALEILLES, *Théorie de l'obligation*, p. 72, 74; PLANIOL, tome 2, n° 398. Contra : LAURENT, tome 25, n° 211).

Alors même que la conception théorique de l'obligation que se sont faite les rédacteurs du Code civil ne s'adapterait pas à la cession de dettes, on ne voit pas ce qui empêcherait la doctrine d'y substituer une autre conception, et ce qui empêcherait les tribunaux d'en consacrer la conséquence, du moment que les solutions données ne font échec à aucune disposition précise de la loi positive.

ces nées de contrats synallagmatiques bénéficient comme les autres des formes de négociation des titre à ordre et au porteur.

M. Huc a envisagé la question générale de la cession des créances nées de ces contrats synallagmatiques, mais bien qu'il aboutisse au fond à la même conclusion que celle que nous venons à l'instant de formuler, son raisonnement diffère du nôtre.

« Dans les rapports synallagmatiques, dit-il, où chacune des parties est créancière et débitrice, il y a de part et d'autre un entrecroisement réciproque de créances et d'obligations multiples formant, pour chaque partie, un tout, un ensemble distinct. C'est cet ensemble qui n'est pas cessible. Rien de plus facile, au contraire, que de le décomposer, pour en séparer nettement les éléments actifs et passifs qui le constituent.

« Les éléments actifs sont les chefs de demande distincts qui pourront faire l'objet d'une cession, les éléments passifs demeurent incessibles. Mais si les parties ont considéré le tout comme indivisible, la cession de ce tout est impossible, parce qu'elle ne pourrait avoir lieu qu'en transférant une dette, ce qui ne se peut pas (1) ».

Ainsi l'auteur cité n'admet pas la possibilité de céder les éléments passifs, les obligations corrélatives aux

(1) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 10, 1897, n° 207, p. 277.

créances nées de contrats synallagmatiques. Il repousse la cession de dette. Et, par suite, il prétend que si les parties ont considéré l'ensemble de ces créances et de ces obligations comme un tout indivisible, ce tout ne peut faire l'objet d'une cession. Nous, qui admettons au contraire la cession de dette, nous soutenons que cet ensemble, même rendu indivisible par l'intention des contractants, pourrait être cédé en vertu d'une volonté expresse des intéressés. Mais nous sommes d'accord avec le savant auteur pour décider que, si les parties ont entendu séparer les créances de l'ensemble dont il s'agit et opérer la cession de ces seules créances, cette cession est parfaitement valable et laisse subsister les éléments passifs à la charge du débiteur primitif. Au surplus, nous étendons à la transmission des créances par la voie des clauses à ordre et au porteur la solution que M. Huc donne à l'égard de leur cession en général.

Parvenus à ce point de notre étude, nous pouvons enfermer nos recherches précédentes dans la formule suivante : toutes les créances, civiles ou commerciales, constatées par des actes authentiques ou par des actes sous signatures privées, issues de contrats synallagmatiques ou de contrats unilatéraux, peuvent être transmises à ordre ou au porteur.

Nous devons maintenant déterminer la nature juridique de l'obligation au porteur d'une grosse contenant les clauses dont nous nous occupons et établir les conséquences qui en résultent.

CHAPITRE VI

Nature du droit du porteur de la grosse

Si l'on examine la situation du porteur d'une grosse pourvue de la clause au porteur ou de la clause à ordre, à l'instant où le paiement est exigé, il y a lieu de se demander s'il doit être considéré comme un cessionnaire du créancier ou comme un créancier direct du débiteur. Cette question se pose d'ailleurs, d'une manière très générale, pour tout détenteur d'un titre au porteur ou à ordre.

Une théorie, qui jouit de beaucoup de faveur parmi les jurisconsultes allemands et qui a été consacrée dans une certaine mesure par le nouveau Code civil allemand (articles 130 et 145), soutient que la déclaration unilatérale de volonté lie son auteur, en dehors de toute acceptation par une autre personne. Il n'y aurait donc pas, en notre matière, à faire intervenir l'idée de contrat.

Par le seul fait de son engagement unilatéral, le débiteur serait tenu vis-à-vis du porteur. La simple souscription du titre ferait naître l'obligation du débiteur, à l'égard de chaque porteur de ce titre qui serait, dès lors, créancier direct et non cessionnaire. M. Saleilles a résumé la doctrine allemande en ces termes : « La création du titre fonde l'obligation ; celle-ci résulte d'un acte unilatéral, et non d'un contrat. Le droit qui est incorporé au titre ne passe pas aux porteurs successifs par voie de cession, de telle sorte que chacun soit censé tenir son droit d'un précédent porteur ; ni par voie de novation, chaque créancier se substituant l'un à l'autre, mais acquérant un droit propre et direct contre le souscripteur. Le droit qui résulte du titre consiste dans une obligation dont le créancier reste incertain, la volonté incarnée dans le titre constituant un engagement ferme, indépendamment de toute acceptation. Le droit se conserve alors même qu'il n'existe aucun titulaire du droit, comme par exemple au cas de perte du papier, ou dans le cas où il revient aux mains du débiteur. Enfin, l'indétermination sur la personne de l'ayant-droit cesse par la présentation du titre ; chaque porteur successif est le créancier éventuel : celui-là seul est le créancier définitif qui présente le titre. » (1)

(1) SALEILLES : *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil pour l'empire allemand*, 1901. n° 277, p. 314.

En d'autres termes, la rédaction du titre crée, par elle-même, l'obligation. Sans doute la détention du titre par une autre personne que son souscripteur est nécessaire pour que l'engagement puisse avoir un effet pratique, car il est manifeste que, tant que le titre est encore aux mains du souscripteur, celui-ci ne peut faire valoir lui-même le droit qui s'y trouve incorporé : mais l'obligation n'en existe pas moins dès le moment de la souscription ; c'est de celle-ci même qu'elle est née.

Ces conceptions paraissent jusqu'ici peu propres à s'acclimater en France (1). L'idée même qui leur sert de point de départ ne semble pas admissible. Elle constitue, à notre sens, une erreur sur l'efficacité juridique de la volonté individuelle. Quelque puissance juridique qu'on attribue à la volonté d'un individu, quelque souveraineté qu'on lui reconnaisse sur elle-même, on est bien obligé d'avouer qu'elle demeure sans effet à l'égard des tiers. Il ne me suffit pas, pour être obligé vis-à-vis de quelqu'un, de vouloir m'obliger. Il faut de plus que cette personne consente à me tenir pour obligé à son égard. Tant que la volonté unilatérale n'a pas rencontré une seconde volonté se joignant à elle, il n'y

(1) Admises par certains auteurs, notamment par M. WORMS : *De la volonté unilatérale*, thèse Paris 1891, et par M. SALEILLES, loc. cit., elles sont rejetées par la majorité de la doctrine (WAHL, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, 1891, tome 1, p. 185 et suiv. — PLANIOL, *Traité de Droit civil*, tome 2, 1907, p. 267. — THALLER, *De la nature juridique du titre de crédit*, 1907.

a pas encore de « *vinculum juris* », car nul ne peut devenir créancier sans sa volonté. Le lien obligatoire suppose nécessairement le concours et l'enchaînement des volontés. Le contrat est la source de toute obligation volontaire.

Fausse dans sa généralité et dans son fondement même, la construction de la volonté unilatérale comme source d'obligation n'est pas moins fausse dans son application particulière à la matière des titres négociables. En effet, si le signataire du titre s'est, par le seul fait de sa souscription, engagé envers tout porteur quel qu'il soit, il faut décider logiquement qu'il est tenu, en vertu de cet engagement unilatéral, à s'acquitter même entre les mains d'un porteur de mauvaise foi, même entre les mains d'un voleur. Or il est évident que le souscripteur n'a pas entendu s'engager envers des porteurs de cette catégorie. On aboutit ainsi à une contradiction qui consiste à s'appuyer sur la volonté du souscripteur pour mettre à sa charge une prétendue obligation qui ne résulte certainement pas de sa volonté. Et cette contradiction est inévitable dans le système que nous combattons. Puisque le souscripteur s'est engagé unilatéralement, il n'a pas voulu, par hypothèse, s'inquiéter des circonstances dans lesquelles le porteur aura acquis le titre. Il doit donc payer au voleur, parce que l'engagement unilatéral implique théoriquement qu'il l'a

voulu (1). D'autre part, il est manifeste qu'il n'a pas voulu une telle conséquence. L'antinomie est donc flagrante entre le principe et sa conséquence strictement logique.

Accorderait-on au souscripteur une exception de dol pour repousser la demande en paiement du porteur de mauvaise foi ou du voleur ? Cela serait à coup sûr équitable, mais constituerait en même temps une méconnaissance de l'obligation de s'acquitter envers n'importe qui, obligation logiquement impliquée dans l'engagement unilatéral. Le tempérament d'équité serait ainsi lui-même en opposition avec la théorie.

En réalité, le seul moyen de rester fidèle à la notion de l'obligation est de placer à l'origine de la souscription d'un titre une obligation préexistante. Le signataire d'un titre négociable ne contracte pas un engagement nouveau et autonome, mais il reconnaît une dette antérieure. Ce n'est pas par la création du titre qu'il s'oblige ; mais au moment de l'émission du titre, il est déjà tenu par suite d'un contrat. Comme le dit M. Wahl, « le souscripteur est engagé lorsqu'il se dessaisit, en vertu d'une convention spéciale ou de l'exécution d'une convention préexistante du titre préalablement signé

(1) Cette contradiction a été indiquée par M. WAHL, loc. cit. n^{os} 254 et 373.

par lui, et non lorsqu'il donne, cette signature. » (1)

Lorsqu'il s'agit d'obligations constatées par des actes notariés, il est manifeste que c'est à la suite d'un contrat que le débiteur s'est obligé.

Mais on n'a pas tout dit lorsqu'on a constaté que l'obligation du débiteur prend son origine non dans la souscription du titre, mais dans un contrat préexistant. L'idée d'un engagement direct du débiteur envers les porteurs successifs du titre n'est pas incompatible avec notre conception.

On peut en effet se demander si le débiteur, quoique obligé en vertu d'un contrat, n'a pas, par la souscription du titre, contracté avec les différents porteurs du titre une série d'engagements, de telle sorte qu'il soit le débiteur direct de chacun d'eux ? On peut se demander si, au contraire, les porteurs n'ont point contre le débiteur qu'un droit de créance dérivé, en qualité de cessionnaires du créancier primitif ? (2)

La même question se pose au sujet des titres à ordre. Le débiteur, par la seule vertu de l'endossement au profit du premier créancier, s'est-il engagé au profit de tous les endossataires successifs du titre, de telle manière que ceux-ci aient contre lui un droit direct et non

(1) WAHL, loc. cit., n° 256, p. 197.

(2) TISSIER, note au Sirey, sous Civ. Cass., 9 novembre 1896. S. 1897, I. 161.

dérivé? ou bien se trouve-t-on en présence d'un engagement primitif, suivi de cessions successives opérées par voie d'endossement et acceptées à l'avance par le débiteur?

Si nous interrogeons à cet égard notre jurisprudence, ses réponses semblent assez flottantes et contradictoires. En matière de titres au porteur, les arrêts sont en général peu explicites. En faveur de l'idée que le porteur n'est vis-à-vis du débiteur qu'un cessionnaire, on trouve deux arrêts de la Cour de Bordeaux (22 janvier 1839 et 7 février 1846, Sirey 1839, 2, 258, et 1846, 2, 321). En faveur de la thèse qui présente le porteur comme un créancier direct du débiteur, un arrêt de la Cour de Pau du 6 avril 1886 (Sirey 1888, 2, 14) est très affirmatif : « Attendu, dit-il, que la conséquence des principes qui leur sont applicables (aux billets au porteur) est que les billets de cette nature se transmettent par la simple tradition de la main à la main, sans aucune formalité envers le débiteur, ce dernier n'étant obligé qu'envers les porteurs; qu'il suit de là que *le porteur est devenu créancier direct du souscripteur* et non l'ayant-cause de celui dont il a reçu les billets. » Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 9 novembre 1896 se rattache très nettement à la même solution. Cette décision est tout particulièrement intéressante pour nous, parce qu'elle a été rendue dans une espèce où il s'agissait d'une créance constatée par acte notarié et stipulée « payable au porteur de la grosse du

titre ». L'arrêt s'exprime ainsi : « Attendu que, dans ces sortes d'obligations, *le débiteur accepte d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui en deviendront successivement porteurs* ; qu'il suit de là que le porteur est investi d'un droit qui lui est propre, etc » (1).

En matière de titres à ordre, la Cour de cassation a consacré, à plusieurs reprises, la théorie de l'engagement direct du débiteur envers les endossataires successifs. « Attendu, affirme un arrêt du 18 mars 1850, que le débiteur, qui s'engage par un titre payable à ordre, accepte d'avance pour créanciers, non seulement le bénéficiaire ou preneur du billet, mais encore tous ceux qui en deviendraient propriétaires par des endossements successifs ; à la différence du cessionnaire d'une créance ordinaire, auquel le Code civil accorde contre le débiteur autant de droits seulement qu'en avait le cédant qu'il représente, *le porteur de l'endossement a pour débiteur direct le souscripteur*, sans intermédiaire du bénéficiaire et des autres endosseurs, qui ne se représentent pas les uns les autres, mais dont chacun a été, de son propre chef, créancier du souscripteur » (2). Une affirmation identique est reproduite dans un arrêt du 3 juin 1891, où il est dit que « le porteur d'un titre à ordre, qui en est devenu propriétaire par

(1) Sirey 1897, I. 162. — Dans le même sens, Saleilles, loc. cit. N^{os} 268, 272, 280, p. 289, 294, 311.

(2) Sirey 1850. I. 254.

endossement régulier, a pour *débiteur direct le souscripteur*, sans intermédiaire des endosseurs qui ne se représentent pas les uns les autres » (1). Au contraire, d'autres arrêts admettent qu'il y a plusieurs cessions successives acceptées à l'avance par le débiteur, de telle sorte que la transmission de l'obligation par la voie de l'endossement s'accomplit vis-à-vis du débiteur de même qu'entre le cédant et le cessionnaire (Cass. 8 mai 1878, Sirey 1878. I. 292 ; Cass. 7 mai 1879, Sirey 1879, I. 421, arrêts rendus en matière de titres à ordre constatant des créances de nature civile).

Notre jurisprudence n'apparaît donc pas ferme sur la question qui nous occupe. Les arrêts qui se sont prononcés en faveur de l'idée de l'engagement direct du débiteur envers les porteurs ou les endossataires successifs du titre semblent faire, dans une certaine mesure et d'une façon plus ou moins voulue, une concession aux théories allemandes de l'engagement unilatéral. Nous croyons, avec M. Tissier (2), que ce courant jurisprudentiel n'est pas destiné à se prolonger.

L'idée de l'engagement direct du débiteur envers les détenteurs successifs du titre heurte en effet les dispositions positives du Code civil en matière de formation des contrats. En outre, elle semble contredite par la réalité même des faits.

(1) Sirey 1891. I. 296.

(2) Note au Sirey 1897. I. 161.

Au premier abord, il pourrait sembler que la doctrine de l'engagement direct trouvât un point d'appui dans l'article 1121 du Code civil qui autorise la stipulation pour autrui. Le débiteur, en s'engageant envers le créancier originaire, ne s'engagerait pas envers tous les porteurs successifs, car la promesse a un caractère essentiellement personnel au débiteur (1), mais c'est le créancier primitif qui stipulerait pour tous les porteurs. Cette manière de voir ne saurait nous retenir bien longtemps. Que sont, en effet, ces porteurs successifs, au moment du contrat entre le débiteur et le premier créancier, sinon des personnes indéterminées. Or, sans doute, il est permis de stipuler au profit de personnes indéterminées, mais à conditions que celles-ci soient déterminables. La personnalité des bénéficiaires d'une stipulation est en réalité déterminable dans toutes les hypothèses où la jurisprudence admet la validité des stipulations pour des personnes actuellement indéterminées (2). « Dans ces hypothèses, comme le dit M. Planiol, les tiers appelés à profiter de la stipulation remplissent une condition qui ne dépend pas de celui

(1) PLANIOL, tome 2, 1907, n° 1017-1039.

(2) Par exemple la stipulation au profit des pauvres d'une ville, au profit des ouvriers dans les cahiers des charges d'adjudication de travaux publics (Poitiers, 20 juin 1889, Dalloz 1890, 2, 159), l'assurance, « pour le compte de qui il appartiendra » (Cass. 5 mars 1888, Dalloz 1888, I, 365). Cf. sur ces points, PLANIOL, tome 2, n° 1237, édit. 1905.

qui traite en leur nom, ce sont les pauvres d'une commune, les ouvriers employés à un travail, les propriétaires successifs d'un bien. Si le stipulant entend se réserver le droit de désigner lui-même plus tard ceux qui en bénéficieront, en réalité il s'approprie le bénéfice du contrat et la créance ainsi créée reste dans son patrimoine tant qu'il n'en a pas disposé. En d'autres termes, il n'y a pas là une stipulation pour autrui faisant acquérir la créance directement à un tiers (Voir notamment Cass. 15 juillet 1875, I, 77, 1, 26) ». Au contraire, il semble bien que les détenteurs successifs d'un titre à ordre ou au porteur soient des personnes absolument indéterminées et indéterminables (1).

Au surplus, l'idée de l'engagement direct du débiteur à l'égard des porteurs successifs est peu en harmonie avec la réalité. Que se passe-t-il, en fait? Une personne s'oblige envers un créancier. La forme à ordre ou au porteur donnée au titre n'empêche pas que le rapport de droit ne soit né qu'entre ces deux individus seuls. Les deux parties adoptent, pour des raisons d'utilité pratique, une forme de titre destinée à une facile négociation de la créance, mais il n'en est pas moins vrai qu'à l'instant où elles contractent, elles seules se con-

(1) « L'engagement envers une personne incertaine froisse la logique du droit, dit M. Thaller, et n'est consacré dans le change que que par des raisons de crédit » (*Traité de droit commercial*, 1904, n° 1502).

naissent, et que c'est leur deux seules volontés qui concourent à la formation du contrat. En d'autres termes, le débiteur s'oblige envers le premier créancier tout seul; seulement il consent, pour lui faciliter le remboursement de la créance, à l'insertion de la clause à ordre ou au porteur, c'est-à-dire qu'il accepte d'avance la cession. Puis la créance ainsi née est l'objet de cessions successives par voie d'endossement ou de tradition. Les porteurs ou les endossataires successifs sont donc des cessionnaires du créancier originaire, n'ayant contre le débiteur qu'un droit dérivé.

Cette conclusion s'applique également au porteur d'une obligation notariée et au porteur d'un effet de commerce. Nous aurons donc à tenir compte des considérations qui précèdent lorsque nous analyserons dans le détail la situation juridique du porteur d'une grosse munie d'une clause à ordre ou au porteur. Mais en ce qui concerne le porteur d'une grosse, nous voyons la question se compliquer d'éléments complexes et délicats. Il s'agit, en effet, de savoir dans quelle mesure la forme du titre entraînera une modification des droits du cessionnaire.

La détermination exacte des droits du porteur de la grosse dans ses rapports avec les divers intéressés suppose la solution des trois questions suivantes :

1° La créance lui est-elle transmise avec tous ses accessoires et toutes ses sûretés ?

2° Quelles exceptions se verra-t-il contraint de subir de la part du débiteur ?

3° Enfin, dans quelles conditions pourra-t-il obtenir le paiement ?

Nous allons examiner successivement ces trois questions dans les chapitres suivants.

CHAPITRE VII

Transmission de la créance avec ses accessoires au porteur de la grosse

Conformément au mécanisme de la cession de créance en général, les droits du porteur de la grosse seront exactement ceux de son cédant. La remise de la grosse, sans autre formalité, l'investira de la créance avec les avantages divers qui y sont attachés (titre exécutoire, droit aux intérêts, etc.).

En outre, la créance ainsi transmise peut être garantie par une sûreté, réelle ou personnelle. Cette garantie suivra-t-elle le titre dans les mains du porteur ?

L'article 1692 dispose que « la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège, hypothèque ». En sera-t-il de même en cas de cession de la créance dans les formes à ordre ou au porteur ?

Quelques auteurs avaient autrefois soutenu la négative, relativement à l'hypothèque (1). Leur argumentation était la suivante. La connaissance publique du véritable propriétaire de la créance est une condition substantielle du droit hypothécaire (art. 2148). Le cessionnaire n'échappe pas à cette règle (arg. art. 2152). Or, le défaut de publication que subirait l'hypothèque, par suite de la forme à ordre ou au porteur, rendrait impossible la purge par le tiers acquéreur, ce qui entraînerait une grave perturbation dans l'économie du système hypothécaire.

Cette opinion n'a pas prévalu. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence admet que la transmission de l'hypothèque suit celle de la créance dont elle est l'accessoire (2).

A l'argument fondamental tiré de l'article 2148, qui exige l'indication, dans l'inscription hypothécaire, du nom du créancier, deux réponses sont en effet possibles.

En premier lieu, on peut soutenir que, comme rien n'exige que l'inscription hypothécaire soit, en ce qui concerne le nom du créancier, la reproduction du titre,

(1) Dalloz, Répertoire. V. Effets de commerce, n° 373.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, tome 6, n° 1632.

Dalloz, Répertoire. V. Privilèges et hypothèques, n° 1267. — Bordeaux 7 février 1846, Sirey 1846, 2 231. — Alger 7 mai 1870, Dalloz 1871, 2, 1. — Cass. 29 juin 1881, Dalloz 1882, 1, 106.

il est possible d'indiquer dans cette inscription le nom du premier porteur (1).

Mais, si l'on n'admettait pas ce premier procédé, en voici un second dont la légitimité ne saurait être contestée. On sait que la jurisprudence autorise l'émission par une société d'obligations au porteur avec affectation hypothécaire. L'inscription peut être prise d'avance, sous condition de la réussite de l'émission, par une personne agissant comme gérant d'affaires de créanciers futurs ; les prospectus contiendront cette clause que la souscription vaudra adhésion à l'inscription (2). Rien n'empêchera donc, grâce au même procédé, d'opérer une inscription au nom du premier créancier. Il n'est pas même nécessaire que cette inscription mentionne l'existence de la clause au porteur. Sans doute cette mention pourrait être utile aux tiers acquéreurs, mais elle n'est pas requise par la loi et elle

(1) En ce sens WAHL : *Traité des titres au porteur*, p. 364 et 365 ;
AUBRY et RAU, tome 3, § 270, note 1 ;
BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES : *Privilèges et Hypothèques*,
tome 2, nos 1614-1615 ;

LAURENT, tome 31, nos 45 et 95.

En sens contraire :

GUILLOUARD : *Privilèges et Hypothèques*, tome 3, n° 1154 ;

Poitiers 15 décembre 1829, Sirey 1830, 2, 92.

(2) WAHL, op. cit., p. 365. — Civ. Cass. 20 oct. 1897. — Sirey 1897, 1, 489. — Cass. 3 janvier 1888. — *Journal des Sociétés*, 1888, p. 642. — Trib. Bourges 8 mars 1888. — *Pandectes françaises* 1888, 2, 161. — Trib. Lyon 6 mai 1886. — Sirey 1886, 2, 594. (Aix 8 avril 1878. Sirey 1879, 2, 313). (Douai 12 mai 1880. Dalloz 1882, 2, 343).

n'est pas indispensable pour assurer le jeu de la publicité hypothécaire.

D'ailleurs, en ce qui concerne les notifications qui, le cas échéant, doivent être faites au créancier, on peut faire avec M. Wahl l'observation suivante :

« Les notifications se divisent en deux catégories : les unes doivent lui être adressées au domicile élu ; or, il y a eu nécessairement une élection de domicile lors de l'inscription. D'autres doivent être faites au domicile véritable du créancier, et, sur ce point, l'objection peut paraître plus embarrassante, puisque le domicile du porteur ou de l'endossataire est inconnu ; mais tout ce qu'on peut en conclure, c'est que les notifications seront faites au premier porteur indiqué au titre ou qu'elles n'auront pas lieu, et que les actes qu'elles doivent précéder pourront être faits sans qu'on puisse reprocher leur omission » (1).

Les lois du 10 décembre 1874 (art. 12) et du 10 juillet 1885 (art. 12) règlent la manière dont s'effectue la transmission de l'hypothèque garantissant une créance à ordre. Simple accessoire de cette créance, l'hypothèque, d'après ces lois, se transfère en même temps et par les mêmes modes.

Ces lois n'ont visé que l'hypothèque maritime, mais

(1) WAHL, *op. cit.*, p. 366.

il n'y a aucune raison sérieuse de ne pas appliquer une règle identique à l'hypothèque immobilière.

Cette solution, exacte pour les effets de commerce, l'est évidemment aussi pour les obligations notariées. C'est l'application de la règle générale de l'article 1692 du Code civil en matière de cession de créance.

Ce que nous avons dit de l'hypothèque doit également s'appliquer aux autres sûretés, et notamment au privilège du vendeur. Une jurisprudence constante admet sa transmission au porteur de la grosse accessoirement à la créance du prix de vente (1).

L'inscription du privilège s'opérera suivant l'un des procédés que nous avons indiqués, soit au nom pur et simple du porteur, soit au nom du vendeur, premier créancier. Dans ce cas, le porteur de la grosse, qui est une personne indéterminée à l'égard des tiers, devra montrer, pour la conservation et l'exercice efficace des bénéfices attachés à son privilège, une diligence particulière qui n'incombe pas à un créancier hypothécaire nominativement désigné. Si les notifications destinées aux créanciers inscrits dans des conditions nor-

(1) Bordeaux 7 février 1846. Sirey 1846, 1, 321.

Trib. d'Angoulême 24 décembre 1850. Sirey 1852, 2, 321.

Req. 10 août 1831. Sirey 1831, 1, 371.

Req. 21 février 1838. Sirey 1838, 1, 208.

Colmar 30 décembre 1840. Sirey 1841, 1, 487.

Alger 7 mai 1870. Sirey 1871, 2, 16.

LYON-CAEN et RENAULT, tome 3, n° 129, et tome 2, n° 604.

males ne lui sont pas faites, les actes qu'elles précèdent normalement pourront être accomplis valablement. Dès lors, le porteur de la grosse devra se montrer très attentif à ses intérêts et se prémunir de lui-même contre les dangers de forclusion.

Le porteur, investi avec la créance de l'hypothèque ou du privilège qui en est la garantie, pourra en exercer toutes les prérogatives juridiques. Il lui appartiendra, par exemple, d'en donner main-levée (1).

En résumé, le porteur de la grosse succédera intégralement aux droits du créancier originaire. Une seule réserve doit être faite en ce qui concerne les avantages qui seraient attachés à la condition personnelle du créancier primitif, tel que le bénéfice de la suspension de prescription tenant à un état de minorité ou d'interdiction ; ces avantages ne seraient pas transmis aux porteurs successifs. Ce n'est d'ailleurs là encore qu'une application des principes généraux (2).

(1) Bordeaux, 7 février 1846, précité.

(2) AUBRY et RAU, 5^e édition, t. 5, p. 221-223, paragraphe 359 *bis*.

CHAPITRE VIII

Exceptions opposables au porteur de la grosse

Une différence importante entre les effets de la cession de créance tels qu'ils sont déterminés par le Code civil et ceux de la transmission par voie d'endossement est relative aux exceptions ou moyens de défense qui peuvent être opposés au cessionnaire. Les signataires d'un effet de commerce ne peuvent se prévaloir contre le porteur des exceptions qu'ils auraient pu opposer aux porteurs antérieurs, mais uniquement des exceptions ayant pris naissance directement contre le porteur actuel. C'est la règle de l'inopposabilité des exceptions (1). Son application est d'ailleurs essentiellement subor-

(1) LYON-CAEN et RENAULT, tome 4, n° 130 et suiv. — Adolphe PICHON, *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*, 1904.

donnée à la bonne foi du porteur, c'est-à-dire que le débiteur pourrait se prévaloir d'un moyen de défense qui eût été opposable au porteur précédent, s'il était prouvé que le porteur actuel aurait commis une fraude dans le but d'écarter l'exception dont il s'agit. La règle de l'inopposabilité fonctionne pour les titres au porteur en vertu du mécanisme même de leur circulation.

Mais la question se pose de savoir si cette règle devra être étendue aux obligations notariées pourvues des clauses à ordre ou au porteur. Il n'est point douteux que le débiteur pourra opposer au porteur de la grosse les exceptions qui auraient pris naissance dans la personne même de ce dernier. Mais pourra-t-il efficacement lui opposer les exceptions dont il aurait pu se prévaloir à l'encontre du créancier originaire ou des cessionnaires successifs ?

Le problème est gros et nous croyons qu'il y a lieu, pour l'éclaircir, de distinguer, parmi les moyens de défense, trois catégories : 1^o les causes d'extinction de la créance résultant de circonstances postérieures à sa création ; 2^o les causes d'invalidité de la créance contemporaine de la création du titre ; 3^o l'exception tirée de la résolution du contrat. Ces trois catégories vont faire l'objet de sections correspondantes.

SECTION PREMIÈRE

Causes d'extinction de la créance résultant d'événements postérieurs à sa création

Il ne saurait être contesté que le porteur d'une grosse pourvue des clauses à ordre ou au porteur échappe aux causes d'extinction de la créance se produisant postérieurement à la naissance de celle-ci du chef du créancier primitif ou des cessionnaires successifs, lorsque ces causes d'extinction ne sont pas révélées par le titre lui-même.

Cette solution est une conséquence essentielle des clauses dont il s'agit, une nécessité du mécanisme de leur circulation. Celui auquel un titre est endossé ou livré ne peut connaître que par ce titre même les causes d'extinction du droit qui lui est ainsi transmis ; si l'examen du titre ne les fait pas apparaître, il les ignore nécessairement, car la rapidité de la transmission ne lui a pas laissé le loisir de se renseigner. Il faut qu'il ait confiance dans le titre qui seul l'informe de son

droit. La sécurité des affaires exige donc que le cessionnaire d'une créance par la voie de l'endossement ou de la tradition ne puisse penser que le débiteur auquel il s'adressera ait la faculté de lui opposer des causes d'extinction du droit sur lesquelles le titre aurait gardé le silence.

Lors donc que, postérieurement à sa naissance, la créance viendrait à être éteinte, par suite d'événements survenus du chef du créancier originaire, des endossataires ou des porteurs successifs, cette extinction serait inopposable au porteur actuel de la grosse, à moins que celle-ci n'en contienne la mention.

Cette règle est également certaine, quel que soit le mode par lequel la créance a été éteinte, qu'il s'agisse d'un paiement, d'une dation en paiement, d'une novation, opérés par le premier créancier ou par l'un des porteurs successifs du titre, qu'il s'agisse d'une remise de dette consentie au débiteur par l'une quelconque de ces personnes, qu'il s'agisse d'une compensation ou d'une confusion produite dans les rapports du débiteur avec l'une d'elles.

Le principe que nous venons d'établir a été consacré par plusieurs arrêts, rendus spécialement en matière de créances civiles à ordre.

La Cour de Lyon, le 4 juin 1830, a décidé qu'une hypothèque stipulée dans un effet à ordre passé devant notaire, est transmissible, comme l'effet lui-même, par voie d'endossement, en ce sens que cet endossement

fait foi de sa date et qu'on ne peut opposer au porteur aucune exception de paiement ou de compensation dont il ne serait pas averti par son titre (1).

Un arrêt de la Cour de Pau du 25 juin 1836 appuie la même solution sur un raisonnement impeccable (2). La question soulevée par les circonstances de l'espèce était la suivante. Une dame Desperbasque avait consenti un billet civil transmissible par endossement, payable à l'ordre d'un sieur Labarthé. Cette dame pouvait-elle opposer au porteur de ce billet régulièrement endossé un autre billet du même jour, conçu dans les mêmes termes, et souscrit en sa faveur par Labarthé ? L'arrêt, après avoir établi la validité des billets à ordre en matière de créances civiles, se prononce ainsi sur la difficulté particulière qui lui est soumise : « Etant bien certain que celui qui promet de payer à l'ordre du bailleur de fonds accepte d'avance pour son créancier celui à l'ordre duquel le billet sera passé, et qu'ainsi, lorsque la condition de l'endossement régulier s'accomplit, l'acceptation est censée remonter à l'époque de l'obligation primitive ; il en résulte que, dans ce cas, le débiteur ne peut plus, d'après les dispositions formelles de l'article 1295 c. civ., opposer au porteur du billet la compensation, ni, par conséquent, les exceptions qu'il

(1) Dalloz. *Répertoire*. V. Privilèges et hypothèques, n° 1267 3°.

(2) Sirey 1837, 2, 107.

aurait pu opposer personnellement au bailleur de fonds. »

Il y a lieu de décider dans le même sens, par identité de motifs, en matière de billets au porteur. Un arrêt de Paris du 22 mai 1895 a reconnu que « le porteur a seul qualité pour exercer le recouvrement, sans que le souscripteur soit fondé à lui opposer les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre les porteurs antérieurs ou le bénéficiaire originaire » (1). Et la Cour en conclut que le souscripteur, entre les mains duquel une opposition a été pratiquée par un créancier de celui à qui le billet au porteur a été originairement remis, n'est pas fondé à refuser paiement au porteur, à défaut par celui-ci de rapporter main-levée de l'opposition.

La Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 9 novembre 1896 (Sirey 1897, 1, 161) a formellement décidé que dans les obligations sous forme authentique payables au porteur de la grosse du titre, le débiteur accepte d'avance pour créanciers directs les porteurs successifs, et qu'en conséquence le porteur actuel, s'il est de bonne foi, ne peut se voir opposer que des exceptions qui lui sont personnelles « ou qui résultent de la teneur de de l'acte ». Nous croyons avoir montré, dans le chapitre précédent, qu'il n'y a pas, de la part du débiteur, acceptation des porteurs comme créanciers directs,

(1) Sirey 1896, 2, 251.

ainsi que l'affirme la Cour suprême, mais bien acceptation des cessions successives de la créance. Aussi ne retenons-nous ici de cet arrêt que l'affirmation de l'inopposabilité au porteur des exceptions qui ne résultent pas de la teneur de l'acte. Cette affirmation elle-même est trop générale, comme nous le verrons plus tard; mais elle est vraie, si elle ne vise que les causes d'extinction de la créance dont nous nous occupons.

Nous avons justifié l'inopposabilité au porteur des causes d'extinction de la créance, postérieures à sa création, par la considération de la nécessité pratique de la sécurité des affaires et de la circulation des titres, résultats évidemment désirés par des individus, même non commerçants qui emploient la forme de transmission à ordre ou au porteur. Il faut que le porteur ait foi dans le titre qu'il possède et que sa foi ne soit pas trompée. C'est pourquoi il doit être à l'abri des refus de paiement qui proviendraient de cause d'extinction du droit dont le titre ne l'aurait pas averti. Ces idées ont en matière de créances civiles la même valeur qu'en matière de créances commerciales.

Mais n'est-il pas possible, en dehors de ces considérations d'ordre plutôt utilitaires, d'asseoir la règle de l'inopposabilité au porteur des causes d'extinction de la créance que nous envisageons sur une base strictement juridique ?

Cette inopposabilité, il faut l'avouer, s'expliquerait avec une très grande facilité dans la théorie qui consi

dère chaque porteur comme un créancier direct du débiteur. Etant investi d'un droit propre, et non d'un droit cédé, le porteur ne pourrait certainement être passible des exceptions dont il s'agit. Mais nous avons cru devoir rejeter le système de l'engagement direct du débiteur envers les porteurs successifs. Nous avons adopté le système d'après lequel le porteur n'a contre le souscripteur qu'un droit dérivé de la cession.

Comment, avec cette conception, pourrions-nous expliquer l'inopposabilité au porteur actuel des causes d'extinction du droit survenues dans la personne du créancier originaire ou dans celle d'un précédent porteur ?

Rien, à la vérité, ne semble plus facile. Nous avons raisonné de la façon suivante : la forme à ordre ou au porteur imprimée au titre qui constate la créance primitive ne supprime pas ce fait que la créance n'est née qu'au profit d'un seul créancier. Un seul débiteur s'est obligé vis-à-vis d'un seul créancier. Seulement, ce débiteur, pour faciliter au créancier le remboursement de la créance et pour en permettre une circulation commode, consent à l'insertion de la clause à ordre ou de la clause au porteur. En vertu même de ce consentement, il accepte d'avance la cession que pourra faire le créancier originaire et toutes les cessions ultérieures ; mais il accepte ces cessions dans les conditions propres aux titres à ordre ou au porteur, et qui tendent à une négociation prompte et usée. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il a renoncé,

implicitement, à opposer aux porteurs du titre qui réclament le paiement les exceptions tirées de l'extinction de la dette qu'il aurait pu opposer aux porteurs précédents(1). C'est ainsi qu'il ne paraît nullement nécessaire pour rendre compte d'un fait juridique nouveau, de bouleverser les classifications en vigueur et de créer des catégories nouvelles. Comme toutes les sciences, le droit tend à la simplification.

Il est d'ailleurs à remarquer que l'explication à laquelle nous adhérons s'autorise pour le cas particulier de l'extinction de la créance par la compensation, de la disposition formelle de l'article 1295 du Code civil. Ce texte dispose que « le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant ». L'arrêt de la Cour de Pau du 25 juin 1836, que nous avons précédemment cité, s'appuie avec beaucoup de raison sur cette disposition pour décider que le souscripteur d'un billet civil à ordre ne peut pas opposer la compensation au porteur qui lui en réclame le paiement. L'article 1295 repose sur cette idée que l'acceptation par le débiteur de la cession implique renonciation de sa part à invoquer contre le cessionnaire un

(1) En ce sens voir WAHL : loc. cit. tome 1^{er}, n° 281. — TISSIER, note au Sirey 1897, I. 162.

moyen de défense tiré de l'extinction de la créance. Ce que le législateur a décidé à propos d'un mode particulier d'extinction du droit nous semble pouvoir être généralisé sans témérité et étendu à tous les mouvements d'extinction.

Il importe, au surplus, d'observer que le débiteur aurait mauvaise grâce à se plaindre de ne pouvoir opposer au porteur les causes d'extinction de la créance. Il a consenti, en adhérant à l'insertion des clauses à ordre ou au porteur, à cette inopposabilité, du moins à la condition que le titre ne révélerait pas au porteur la libération de sa dette. Il lui appartient, s'il est diligent, de faire porter sur ce titre les mentions indispensables pour que les porteurs ultérieurs soient informés de cette libération. (1)

Dans cet ordre d'idées, il est intéressant de signaler une difficulté qui s'est élevée dans une hypothèse où le débiteur, après s'être fait remettre la grosse, et sans y avoir fait mentionner le paiement intégral de sa dette, avait remis cette grosse en circulation. Les époux Fougerey avaient cédé au porteur les fermages à échoir de leur usine, jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Or, M. Vital-Daumont était porteur du titre au moment du procès. Dans l'acte de cession, les cédants s'étaient engagés personnellement à payer la somme prêtée dans

(1) Voir encore sur ce point l'arrêt précité de Pau du 25 juin 1836.

le cas où leur fermier ne paierait pas la somme indiquée. Et, pour sûreté de leur obligation personnelle, ils avaient hypothéqué une maison leur appartenant. Lors de la distribution du prix de cette maison, les créanciers prétendirent faire écarter le porteur de l'obligation sous ce prétexte que l'obligation, après sa souscription, était revenue aux mains des débiteurs, les époux Fougeret, ce qui avait entraîné son extinction, en même temps que celle de l'hypothèque. La Cour de Bordeaux décida, dans un arrêt du 18 mars 1852 (1), que la dette ayant été payée et le titre ayant été remis au débiteur, il n'avait pu dépendre de celui-ci de faire revivre l'obligation en mettant de nouveau le titre en circulation. Cette décision n'infirme pas les solutions que nous avons données. Sans doute la grosse, dans l'espèce, ne portait pas la mention libératoire. Mais il y avait dans les circonstances de la cause cette particularité que la grosse était revenue aux mains du débiteur à la suite de paiement. En outre, et c'est là un point important, l'arrêt semble avoir constaté en fait que le nouveau porteur du titre remis en circulation par le débiteur libéré n'avait pu ignorer que le titre était rentré aux mains du débiteur et que le paiement en avait été effectué.

En résumé, l'effet de l'endossement d'une obligation

(1) Sirey, 1852, 2, 321.

civile à ordre ou de la tradition d'une obligation civile au porteur est de purger, à l'égard du porteur, le titre des causes d'extinction de la créance non révélées par sa teneur même.

Mais il convient d'ajouter que cette conséquence ne se produit que si le porteur est de bonne foi. Il pourrait arriver que le créancier, menacé de se voir opposer une cause d'extinction de la dette, s'entendit avec un individu peu scrupuleux et lui endossât ou lui livrât le titre. Cet individu ne pourrait alors repousser l'exception en qualité de porteur et obtenir le paiement. Toutes les fois que le porteur a participé aux faits qui ont donné lieu à l'exception, celle-ci lui devient opposable. C'est une règle générale en matière de titres négociables (1). La preuve étant toujours à la charge du demandeur, dans le cas d'obligations au porteur, tout au moins où aucun écrit ne constate la transmission du titre. Le débiteur se trouvera souvent dans l'impossibilité de prouver.

(1) Cf. notamment LYON-CAEN et RENAULT, tome 4, n° 131 et n° 98, et les arrêts cités dans la note.

On a prétendu que la simple connaissance de l'exception au moment de la transmission du titre suffirait pour que le porteur, en dehors de toute participation au fait qui engendre cette exception, ne pût repousser cette exception (BODIN, *Revue pratique*, voir p. 153). Cette opinion n'a guère été suivie (LYON-CAEN et RENAULT, loc. cit., p. 591. Bravard III, p. 140, note).

SECTION DEUXIÈME

Causes d'invalidité de la créance contemporaines de la création du titre

Jusqu'ici, nous avons supposé une obligation régulièrement formée, mais éteinte par une cause postérieure à sa création. Nous avons montré que la cause d'extinction n'est opposable au porteur que si la teneur du titre l'en avertit. Supposons maintenant que l'obligation soit entachée, dès son origine, d'une cause d'invalidité. Manquant, dans sa source même, d'une condition de validité, la créance est inexistante, annulable ou rescindable. L'engagement primitif a, par exemple, été entaché d'un défaut de cause ou d'une cause illicite; ou bien, c'est grâce à des manœuvres dolosives que le créancier a obtenu le consentement du souscripteur. Ces causes d'invalidité initiale de la créance seront-elles inopposables au porteur de la grosse?

Il paraît évident que le porteur pourra se voir opposer celles de ces causes dont il aurait été informé par

la substance même du titre. C'est ce qui arriverait si l'acte mentionnait, par exemple, la cause illicite de l'obligation (1). Mais faut-il décider que dans le cas contraire, c'est-à-dire si le porteur n'a pas été averti par l'acte de la nullité de la créance, cette nullité ne peut alors lui être opposable ?

C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence. Ses décisions sont surtout intervenues dans des espèces où la créance originaire avait été infectée d'un dol ou d'un défaut de cause (2). C'était notamment l'hypothèse soumise à la Chambre civile et sur laquelle elle a statué par l'arrêt précité du 9 novembre 1896. Le débiteur opposait au porteur actuel d'une grosse payable au porteur une exception tirée d'un défaut de cause partiel de l'obligation résultant de ce que le premier porteur (le prêteur) n'aurait pas versé à son emprunteur la totalité de la somme dont il s'était reconnu débiteur. La Cour suprême a décidé que le porteur de bonne foi n'était passible que des exceptions à lui personnelles et que de celles résultant de la teneur de l'acte. Or, la bonne foi du porteur n'était pas en l'espèce contestée, et, d'autre part, le titre ne constatait pas le prétendu défaut de

(1) On peut concevoir que le titre soit émis à la suite d'une dette de jeu ou d'un emprunt effectué dans des conditions usuraires et que cette cause illicite résulte des termes mêmes de l'acte.

(2) Civ. Cass. 29 mars 1887. Sirey, 1887, I, 160. Civ. Cass. 25 mai 1894. Sirey, 1894, I, 453. Civ. Cass. 9 novembre 1896. Sirey, 1897, I, 161.

cause de l'obligation. Ainsi, la Chambre civile refusait de rendre opposable au porteur l'exception fondée sur l'absence de cause, non pas en vertu de cette idée que la cause indiquée dans un titre au porteur devait être présumée réelle et exacte et que le débiteur n'avait pas fourni la preuve de son absence ou de son inexactitude, mais en vertu de cette idée que l'absence de cause est inopposable au porteur par cela seul qu'elle ne résulte pas de la teneur du titre.

Ce système de l'inopposabilité au porteur de la grosse des causes d'invalidité initiale de la créance, peut sembler justifiée dans la théorie de l'engagement direct du débiteur, ou bien encore grâce à une généralisation de la règle de l'inopposabilité des exceptions spéciales aux effets de commerce. Mais se justifie-t-il dans notre théorie de la cession ? C'est ce que nous allons examiner.

Commençons par la critique des tentatives de justification.

La théorie de l'engagement direct du débiteur envers les porteurs successifs se base principalement sur la notion de la déclaration unilatérale de volonté comme source d'obligation. S'il est vrai qu'on peut s'obliger par sa seule volonté en dehors de tout contrat passé avec le premier preneur du titre, si le souscripteur ne se doit pour ainsi dire qu'à sa signature, n'en résulte-t-il pas que la cause d'invalidité de l'obligation de ce premier preneur ne peut être invoquée pour annuler le titre et ne peut être opposée au porteur actuel ? Néanmoins, il

est permis de se demander s'il en serait de même de l'obligation de l'émettant lui-même? « Si je souscris un titre au porteur pour une dette de jeu ou pour promettre une récompense à un assassin, dit M. Walh, peu importe que mon engagement soit unilatéral, il n'en sera pas moins illicite (1) ». Dès lors, le vice initial de la créance ne pourra-t-il pas être opposé au porteur actuel du titre?

Quoi qu'il en soit, on a, nous l'avons vu, prétendu que, sans faire intervenir l'idée de la déclaration unilatérale de volonté, il y aurait un engagement direct du débiteur envers les porteurs successifs. Par la seule vertu de l'engagement qu'il a contracté avec le créancier originaire, le débiteur se serait obligé directement envers tous les porteurs éventuels.

En résulterait-il que ce débiteur ne pût opposer au porteur actuel l'inexistence ou la nullité de la créance? Nullement. Le caractère d'invalidité de l'engagement primitif s'est communiqué à tous les prétendus engagements envers chacun des porteurs successifs. Et le porteur actuel devra en subir les conséquences comme le premier bénéficiaire.

En second lieu, on peut essayer de défendre la solution que nous combattons en prétendant que le principe de l'opposabilité des exceptions au porteur de bonne

(1) WAHL, *Traité des titres au porteur*, tome 1^{er}, n° 402, p. 290.

foi doit être, en notre domaine, appliqué avec la même étendue et la même énergie qu'en matière d'effets de commerce. Cette règle serait, dans son intégralité, de l'essence même de l'endossement ou de la forme au porteur et n'aurait rien de spécial aux effets de commerce. Sans doute, si la cause d'invalidité est révélée à tous par le titre même, elle sera opposable à tous. C'est ainsi qu'on pourrait opposer à tout porteur les exceptions tirées des énonciations du titre ou résultant implicitement du titre. Il en serait de même si la signature du débiteur avait été contrefaite. Mais si la cause d'invalidité n'est pas apparente dans l'acte même, le porteur ne devrait pas la subir. Ainsi le porteur a pu obtenir le titre par des manœuvres frauduleuses, on a indiqué une fausse cause à l'engagement contracté; l'exception tirée du dol ou de la fausse cause pourra bien être opposée au bénéficiaire primitif du titre, mais non au porteur à qui le titre a été présenté parfaitement régulier. Ce dernier, en effet, n'a pas pu rechercher en dehors du titre les irrégularités possibles (1) En d'autres termes, on fait valoir en faveur de l'inopposabilité des causes d'invalidité contemporaines de la création de la créance les mêmes arguments que nous avons invoqués à l'appui de l'inopposabilité des causes d'extinction de la créance survenues postérieu-

(1) LYON-CAEN et RENAULT, tome 4, n° 202.

rement à sa naissance. Il faut que le porteur, qui se présente pour être payé, ne puisse pas se voir opposer par le débiteur des exceptions dont il a pu ignorer l'existence et que l'examen du titre, auquel il doit s'en tenir, n'a pu lui révéler. La règle de l'inopposabilité continuerait donc à s'appliquer toutes les fois que l'exception est tirée d'un fait que le porteur n'a pu connaître par l'inspection du titre et n'aurait pu connaître que par des recherches auxquelles il n'avait ni les moyens ni le temps de se livrer.

Cette application intégrale de la règle commerciale de l'inopposabilité des exceptions aux obligations notariées à ordre ou au porteur ne nous paraît pas légitime. Cette règle, dit M. Thaller, « doit être nécessairement cantonnée dans les effets de commerce. Il n'est pas bon, il est même dangereux que le débiteur, à raison de la forme seule donnée à son engagement, se livre pieds et poings liés aux porteurs futurs, ce qui reviendrait à se livrer de cette manière au créancier lui-même... Admettez, par hypothèse, ajoute le savant auteur, la généralisation de notre règle. Par une porte dérobée, toutes les dispositions exceptionnelles du change envahiront les autres conventions. On ne saura plus où s'arrêter. Si l'on est conséquent avec soi-même, il faudra dire que l'endosseur est garant du paiement de la somme à l'échéance, que cette garantie ne durera que quinze jours après le protêt ; par conséquent, il faudra étendre à ces titres l'obligation du protêt, la prescription de cinq ans,

la défense pour les créanciers de pratiquer la saisie-arrêt, la validité du paiement fait au faux porteur, etc. C'est inadmissible » (1).

Ces observations sont absolument justes. Nous croyons avoir établi que le droit du porteur est un droit dérivé de la cession. En consentant à l'insertion dans le titre des clauses à ordre ou au porteur, le débiteur a, implicitement et par avance, accepté la cession qui pourra être faite par le créancier originaire et toute la série des cessions possibles, et il a accepté ces cessions dans les conditions résultant des clauses elles-mêmes, c'est-à-dire qu'il a renoncé à opposer au porteur les exceptions fondées sur l'extinction postérieure de la dette qui ne serait pas mentionnée sur le titre. Mais a-t-il par là même renoncé à opposer les exceptions tirées de l'inexistence ou de la nullité initiale de son engagement? Nous ne le pensons pas. Comme le dit M. Thaller, le débiteur ne s'est pas livré « pieds et poings liés » au créancier originaire et à tous les porteurs successifs. Il a bien pu, pour faciliter la négociation du titre, renoncer à se prévaloir des causes d'extinction de la dette, dont les porteurs n'auraient pas été informés par suite de son oubli de faire porter sur son titre les mentions libératoires. Il n'a pas pu consentir à s'obliger, alors même que son engagement serait vicié dans

(1) THALLER : *Traité de droit commercial*, n° 1341, p. 709.

son origine même, juridiquement inexistant ou annuable. Il reste donc que le porteur, cessionnaire, ne pouvant avoir plus de droits que son cédant, se verra contraint de subir ces causes d'inexistence ou d'annulabilité de l'engagement primitif.

Sans doute, les règles particulières du droit commercial font échec à ces principes, à raison des nécessités particulières du commerce. Mais aucun texte ne permet d'étendre cette faveur toute commerciale aux porteurs d'une obligation civile (1). En conséquence, les porteurs d'une obligation civile à ordre ou au porteur devront, à notre sens, en conformité du droit commun des obligations et des principes essentiels des cessions civiles, subir les causes d'invalidité entachant, dans son origine même, la créance dont ils sont investis, alors même que l'examen du titre ne ferait pas apparaître ces dernières (2). A cet égard le cessionnaire, malgré la clause à ordre ou la clause au porteur, succède purement et simplement à la situation du cédant.

(1) Cf., note de M. TISSIER au Sirey 1897, 1, 162, colonne 3 ; M. THALLER (*Traité de droit commercial*, n° 1341) soutient même que le débiteur d'une obligation civile demeure recevable à opposer au porteur non seulement l'inexistence de la dette, mais même son extinction. — Nous nous permettons d'estimer qu'il y a là une exagération qui conduirait à diminuer singulièrement les avantages de l'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations civiles. Au surplus, nous pensons avoir suffisamment justifié, dans la section précédente, notre opinion relative à l'inopposabilité des causes d'extinction de la créance non mentionnées dans le titre.

(2) En ce sens, Cass. 25 mars 1862. Sirey 1863, 1, 27. — Cass.

4 juin 1878. Sirey 1879, 1, 36. — Cass. 31 juillet 1893. Sirey 1894, 1, 212.

Ce dernier arrêt a décidé qu'en matière de police d'assurance, si l'assuré s'est concerté avec le capitaine d'un navire pour déterminer la perte de celui-ci, le nouveau porteur de la police pourra se voir légitimement opposer la nullité résultant de ce concert frauduleux.

Cf. CHAMPCOMMUNAL : *Annales de droit commercial*, 1897, p. 156, à propos de l'arrêt de la Chambre civile du 9 novembre 1896, que nous avons précédemment critiqué.

SECTION TROISIÈME

Exception tirée de la résolution du contrat

Le débiteur pourrait-il efficacement opposer au porteur la résolution du contrat générateur de la créance ? Il faut mettre à part le cas où l'obligation originale aurait été affectée d'une modalité (condition résolutoire) non insérée dans le titre. Il est certain que cette clause de résolution, n'ayant pas été, dans la teneur de l'acte, portée à la connaissance du porteur, ne pourrait lui être opposée. Mais que convient-il de décider pour les autres cas de résolution du contrat ? S'il s'agit, par exemple, d'un contrat synallagmatique, le débiteur, qui a consenti à l'insertion dans le titre d'une clause à ordre ou au porteur, pourra-t-il opposer au porteur une exception fondée sur l'inexécution par le contractant de l'obligation corrélatrice par lui assumée ? (article 1184 du Code civil).

Supposons, pour rendre sensible le problème, l'hypo-

thèse d'une vente. La créance du prix a été stipulée « payable au porteur de la grosse ». Le vendeur a manqué à ses engagements, il a troublé l'acheteur dans sa possession, il l'a évincé, ou bien des vices graves ont été découverts dans la chose vendue. L'inexécution des obligations du vendeur atteint le contrat de vente, en détruit ou en suspend les effets en ce qui concerne la créance du prix. L'acheteur sera-t-il admis à opposer au porteur actuel de la grosse, qui lui réclame le paiement, une exception de cette nature ?

L'affirmative ne saurait être, selon nous, douteuse. Et nous appuyons notre solution sur une des raisons de même ordre que celle qui nous a fait conclure à l'opposabilité au porteur des causes d'invalidité initiale de la créance. Nous avons dit alors qu'il n'était pas admissible que, en adhérant à l'insertion de la clause au porteur dans l'acte, le débiteur ait implicitement renoncé à se prévaloir contre les porteurs ultérieurs de l'inexistence ou de la nullité de sa dette. Dans l'hypothèse présente, il ne paraît pas davantage vraisemblable que le débiteur, par l'acceptation de la clause « payable au porteur de la grosse », ait renoncé à la garantie essentielle qui résulte du caractère synallagmatique du contrat.

Du reste, le porteur actuel de la grosse serait mal venu à se plaindre, puisqu'il a parfaitement été informé, par le titre lui-même, de la nature du contrat et des

conséquences qu'il entraîne en raison de son caractère synallagmatique. Le porteur ne pouvait ignorer qu'il était investi de la créance d'un prix de vente.

CHAPITRE IX

Païement de la créance au porteur de la grosse

Le porteur de la grosse a le droit d'exiger le paiement à l'échéance et sur la présentation du titre. Réciproquement, le débiteur doit s'acquitter à cette date et sur cette présentation. Mais le porteur de la grosse est-il de tous points, vis-à-vis du débiteur, dans une situation identique à celle du porteur d'un effet de commerce ?

D'abord, le débiteur doit payer à l'échéance. Les articles 144 et 145 du Code de commerce font à ce sujet la distinction suivante. Celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré. Il ne pourra être contraint de payer une seconde fois sous le prétexte que le porteur était incapable ou que celui qui a reçu le paiement n'avait pas la qualité de porteur. Au contraire, celui qui paie une lettre de change avant l'échéance est responsable de la

validité du paiement. Cette règle doit-elle être étendue à tous les titres à ordre ? Nous le pensons. Le débiteur d'un titre à ordre, quel qu'il soit, ne connaît pas personnellement le porteur ; par cela seul que celui-ci est détenteur du titre en vertu d'une série d'endossements réguliers, le débiteur est de bonne foi en payant. Au contraire, s'il a payé avant l'échéance, sa bonne foi peut être soupçonnée. La présomption de valable libération attachée par l'article 145 du Code de commerce au paiement à l'échéance doit donc, à notre avis, être appliquée à celui qui s'acquitte entre les mains du porteur d'une grosse. Mais il ne semble pas que l'article 157 du Code de commerce qui édicte la prohibition des délais de grâce en faveur du débiteur d'une lettre de change doive être appliqué au débiteur d'une obligation notariée. Cette prohibition s'explique en effet par des considérations spéciales au droit du change.

En second lieu, le débiteur ne peut payer que sur présentation du titre. Une difficulté peut s'élever à cet égard lorsque le porteur de la grosse ne présente pas le titre à l'échéance. Il l'a perdu, par exemple, lorsqu'il s'agit de créances à personne dénommée, la perte du titre par le créancier n'autorise pas le débiteur à lui refuser le paiement. En effet, l'article 1240 du Code civil décide que le débiteur est valablement libéré lorsqu'il paie de bonne foi au possesseur apparent de la créance. Or, la possession de la créance ne résulte pas uniquement de la détention du titre ; elle peut être éta-

blie par des circonstances diverses. Le point de savoir si celui qui a reçu le paiement se trouvait en possession de la créance et si le débiteur était de bonne foi est une pure question de fait. Aussi la jurisprudence est-elle unanime à déclarer qu'il appartient uniquement aux juges du fond de trancher cette question en appréciant les circonstances, et par conséquent leurs décisions à cet égard ne sauraient être censurées par la Cour de Cassation. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un titre à ordre ou au porteur, le débiteur, ignorant quel sera le créancier à l'échéance, n'a aucun moyen d'apprécier le droit du porteur, si ce n'est l'inspection du titre. Aussi l'article 148 du Code de commerce déclare-t-il inefficace le paiement effectué sans la remise du titre. Cette disposition devra être étendue à tous les titres auxquels un caractère de négociabilité a été donné.

Est-ce à dire que le débiteur d'une obligation notariée ne pourra se libérer si le porteur de la grosse ne réclame pas son paiement à l'échéance? Nullement. Il ne peut songer à faire au créancier des offres réelles suivies de consignation dans les termes des articles 1257 et suivants du Code civil, puisqu'il ne connaît pas ce créancier. Mais il pourra recourir à la procédure organisée par le décret du 6 thermidor an III pour tous les titres négociables. Si le porteur ne se présente pas dans un délai de trois jours à partir de l'échéance, le débiteur est autorisé à consigner la somme (à la Caisse des Dépôts et Consignations en vertu de l'ordonnance

du 3 juillet 1816, art. 2-1^o) ; il lui est délivré un acte de dépôt qu'il remettra au porteur lorsqu'il se présentera et grâce auquel le débiteur sera libéré et le porteur touchera la somme déposée.

En cas de perte du titre, une opposition pourra être faite par celui qui l'a perdu entre les mains du débiteur pour éviter que celui-ci ne paie à une personne qui se présenterait avec le titre perdu.

L'opposition est en effet admise entre les mains du tiré dans ce cas exceptionnel par l'article 149 du Code de commerce, et il y a lieu d'appliquer, dans la même hypothèse, cette disposition en matière d'obligations notariées. Mais ce même article 149 décide qu'en principe, toute opposition au paiement de la lettre de change et du billet à ordre est impossible, sauf le cas de perte du titre ou de faillite du porteur. Toute saisie-arrêt, aux termes de ce texte, est donc interdite du chef d'un créancier antérieur ou du porteur qui se présente pour obtenir paiement.

La jurisprudence en effet a en matière de saisie-arrêt de titres à ordre et au porteur, une tendance fortement marquée à favoriser le tiers porteur aux dépens des créanciers du porteur primitif. Dans de nombreux arrêts elle décide que « la saisie-arrêt pratiquée par les créanciers du porteur ne pourrait être opposée à celui auquel le porteur aurait, même après la saisie, endossé le titre » (Rateau) car déclare-t-elle il ne faut pas que le tiers

porteur ne devienne la victime de l'imprudence ou de la mauvaise foi du débiteur.

Cette disposition doit-elle être étendue à la matière des obligations notariées ?

A priori, on peut constater qu'une réponse affirmative permettrait aux débiteurs de soustraire une portion importante de leur patrimoine à leurs créanciers.

En effet, les créanciers d'un débiteur non commerçant n'ont pas à leur disposition la procédure de la faillite, dès lors, en leur refusant la faculté de saisir-arrêter une créance faisant partie du patrimoine de leur débiteur, on leur enlève par là même tout droit sur une portion de l'actif de ce débiteur et on viole par conséquent ouvertement ce principe de nos lois civiles qui veut que tous les biens du débiteur forment le gage de ses créanciers.

Nous croyons qu'une saine interprétation de l'article 149 doit faire admettre la possibilité d'une saisie-arrêt en matière de titres à ordre autres que les effets de commerce. La prohibition de la saisie-arrêt s'explique en effet pour ces derniers par des considérations d'ordre exclusivement pratique. On a craint que des saisies-arrêts de complaisance fussent pratiquées dans le but de retarder le paiement dont l'exactitude est, en matière d'effets de commerce, d'une nécessité primordiale. Cette raison est particulière à ces effets, et la disposition de l'article 149 ne saurait dès lors être éten-

due à tous les titres à ordre. Il n'y a pas là une conséquence nécessaire de la clause à ordre (1).

Il nous reste à étudier l'importante question de savoir quelle est l'étendue de la garantie à laquelle le porteur de la grosse peut prétendre, soit contre le créancier originaire, soit contre les porteurs successifs du titre.

En matière d'effets de commerce, tous les signataires du titre sont, en cas de non paiement à l'échéance, solidairement garants du paiement ainsi que de l'existence de la créance (articles 140 et 164 du Code de commerce pour la lettre de change et le billet à ordre, article 313 pour le billet de grosse, article 4 de la loi de 1865 pour le chèque).

Cette garantie solidaire de tous les signataires de l'effet constitue une aggravation très lourde des règles de la garantie en matière de cession de créance telle qu'elle résulte des articles 1793 à 1695 du Code civil. D'après ces textes, le cédant ne garantit que l'existence de la créance au moment du transport ; il ne peut être rendu responsable de l'insolvabilité du débiteur, pourvu que la créance ait existé à son profit à l'instant où il l'a cédée, il est à couvert contre toute réclamation du cessionnaire. Par dérogation à ces principes, les signataires d'un effet de commerce sont garants non seulement de l'existence

(1) Voir sur ce point RATAUD : *Revue critique*, 1866, p. 488.

de la créance mais du paiement lui-même ; cette obligation de garantie est en outre solidaire.

Cette garantie solidaire est-elle un effet essentiel de l'ordre et doit-elle par cela même être étendue à tous les titres à ordre ?

Nous ne le pensons pas. « Le motif de cette règle, dit M. Boistel ; c'est que les effets de commerce doivent pouvoir circuler comme une véritable monnaie et être reçus partout pour leur valeur nominale (sauf l'escompte), il ne faut pas qu'on soit obligé d'évaluer la solvabilité du débiteur. La rapidité de circulation de ces effets rendrait impossible toute recherche de la solvabilité des parties ; chacun, en prenant un effet suit seulement la foi de son cédant. » (1). Ainsi c'est le rôle de monnaie commerciale, que sont destinés à jouer les effets de commerce, qui explique la garantie solidaire. Celle-ci n'a pour but que d'assurer leur circulation très rapide et elle leur est par suite spéciale.

Le porteur d'une grosse pourvue de la clause à ordre n'aura donc, contre le créancier primitif et contre les endossataires successifs, que la garantie qui lui est accordée par le droit commun des cessions de créance dans les articles 1693 à 1695 du Code civil (2).

(1) BOISTEL, *Précis de droit commercial*, n° 753.

(2) Cf. également en ce sens THALLER : *Traité de droit commercial*, n° 1342.

Enfin, pour en terminer avec ces questions relatives au paiement de la créance au porteur de la grosse, indiquons que l'on ne peut penser à l'application en notre matière de la prescription de cinq ans édictée pour les effets de commerce par des textes spéciaux (articles 189 et 432 C. com.). La dette constatée par l'obligation notariée sera prescrite, dans les termes du droit commun, par trente ans (article 2262 du Code civil) et son point de départ sera celui que fixe l'article 2257.

CONCLUSION

L'extension des clauses à ordre et au porteur aux obligations notariées, dont nous venons d'établir la légitimité et de déterminer les conséquences juridiques est un aspect à ce phénomène général que M. Thaller a, dans une heureuse formule, appelé « la loi d'expansion des institutions commerciales sur le domaine du Droit civil. » (1)

Les causes de cette expansion sont la souplesse et la simplicité du droit commercial. « Quand deux législations coexistent, dit M. Lyon-Caen (2), la plus équitable, la plus simple, la moins formaliste, celle qui fait le plus complètement abstraction de la nationalité des individus, et ce sont là des caractères du Droit commercial par rapport au Droit civil, tend à s'étendre et à devenir la législation unique et commune. »

(1) *Traité de Droit commercial*, 1900, n° 1499. — Cf. *De l'influence du Droit commercial sur le Droit civil depuis 1804* (LYON-CAEN, *Livre du Centenaire*, t. 1). — LAURENT, *Thèse De la fusion du Droit civil et du Droit commercial*, 1903.

(2) *Loc. cit.*, p. 207.

C'est surtout le besoin croissant du crédit qui a été le facteur des conquêtes du Droit commercial. Beaucoup de personnes et d'entreprises ont été gagnées par ce besoin, ressenti seulement à l'origine par les commerçants.

Si, par exemple, la Cour de cassation, dans des arrêts célèbres (1) a reconnu aux sociétés civiles, comme aux sociétés de commerce, la personnalité, ce n'est point en considération d'arguments de texte irrésistibles, mais à cause des avantages immenses que la personnalité confère aux sociétés sous le rapport de leur crédit. Elle permet en effet aux créanciers de la société de se faire payer sur les biens sociaux à l'exclusion des créanciers personnels des associés.

A cette innovation considérable de la jurisprudence, il faut ajouter l'œuvre accomplie, en la même matière, par le législateur. Des sociétés importantes, fondées en vue d'un objet civil, comme l'exploitation agricole ou le trafic des immeubles, ont dû faire appel à de grandes masses de capitaux. Or, les règles du Code civil (responsabilité illimitée des associés, impossibilité pour un associé de se substituer dans la société une autre personne sans le consentement unanime de ses coassociés) s'opposaient au résultat désiré. Aussi la pratique imprima-t-elle à ces sortes de sociétés les formes anonymes

(1) Cass. 23 février 1891. Sirey, 1892, I, 37. Cass. 2 mars 1892. Sirey, 1892, I, 497.

ou en commandite par action. Mais la jurisprudence, ici moins audacieuse, n'admit pas ce procédé. C'est alors que la loi du 1^{er} août 1893 décida que toute société, quel que soit son objet, qui se constituera en la forme anonyme ou en celle de la commandite par actions, sera commerciale (art. 68), et, en conséquence, soumises aux lois et usages du commerce.

De même que les collectivités non commerçantes, les individus non commerçants ont éprouvé le besoin d'obtenir, grâce à l'adaptation aux institutions civiles des formes commerciales, une augmentation et une mobilisation du crédit. « La circulation des droits, dit encore M. Thaller, telle est la note propre à notre temps (1) ». Et c'est alors que les clauses à ordre et au porteur s'introduisent dans le mécanisme de la cession des créances de nature civile et dans les rapports de personnes non commerçantes, spécialement en matière d'obligations notariées, ont donné aux droits dans le domaine civil une puissance de circulation semblable à celle des effets de commerce ou des valeurs de bourse.

Toutefois nous avons vu que, par la nature même des choses, l'assimilation entre ces derniers titres et les obligations notariées à ordre et au porteur n'était pas absolument complète (2).

(1) *Traité de droit commercial*, 1900, n° 1499.

(2) Cf. notre ch. 8 sur les exceptions opposables au porteur de la grosse et notre ch. 9 sur le paiement au porteur de la grosse.

« Quoi qu'on fasse, dit M. Lyon-Caen, il y aura toujours quelques règles qui seront spéciales aux commerçants ; mais il arrivera sans doute un moment où elles ne seront pas en assez grand nombre pour constituer une véritable branche du droit. » (2) Cette observation se trouve confirmée par notre étude, et il y aurait lieu d'en tenir compte si l'on s'occupe un jour de reviser les questions relatives au transport des créances.

Questions accessoires si l'on veut et qui sont dominées tout entières par le grand problème que l'Allemagne a déjà résolu et qui s'impose de plus en plus à notre législation, à savoir l'extension de la procédure de faillite aux non commerçants. Tant que nous n'arriverons pas à cette réforme radicale de notre Code civil, il y aura toujours et très justement en matière de dette une grande différence entre les personnes commerçantes ou non.

(2) Livre du Centenaire, tome 1, p 220.

VU :

Nancy, le 29 Mai 1909

F. GENY

Vu :

Nancy, 29 Mai 1909

Le Doyen,

R. BLONDEL.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Nancy, le 30 mai 1909

Le Recteur de l'Académie,

CH. ADAM

Correspondant de l'Institut

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION : Nécessité de développer la mobilisation du Crédit foncier.....	1
CHAPITRE I : Histoire des clauses à ordre et au porteur	11
CHAPITRE II : Validité de la clause à ordre dans les titres constatant des créances de nature civile et créées même entre non commerçants.....	25
CHAPITRE III : Validité de la clause au porteur dans les titres constatant des créances civiles.....	37
CHAPITRE IV : Validité des clauses à ordre et au porteur dans les actes notariés	43
CHAPITRE V : Application du principe aux créances nées d'un contrat synallagmatique	49
CHAPITRE VI : Nature du droit du porteur de la grosse.	55
CHAPITRE VII : Transmission de la créance avec ses accessoires au porteur de la grosse.....	68
CHAPITRE VIII : Exceptions opposables au porteur de la grosse.....	74
CHAPITRE IX : Paiement de la créance au porteur de la grosse.....	98
CONCLUSION.	107
